84/23

Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde,

die mit Genehmigung

der Hohen Juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

zugleich mit den angehängten Thesen

am Donnerstag, den 29. April 1915, 10 Uhr

öffentlich verteidigen wird

Ernst Hardenberg,
z. Zt. Referendar am Amtsgericht zu Bitterfeld.

Opponenten: cand. iur. Franke
cand. iur. Remertz.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Halle a. S. 1915.

Diss.
Halle-Wittenberg
1915.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. Stammler.

Druck: Hermann Blanke's Buchdruckerei
Berlin C. 54, Kl. Rosenthalerstr. 9.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

A. Gesetzbücher und Einzelgesetze.

Corpus iuris civiles edd. Krueger, Mommsen und Schoell.
Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten.
Code Civil.
Rheinisches Zivilrecht.
Badisches Landrecht.
Oesterreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz.
Handelsgesetzbuch.
Zivilprozeßordnung.
Strafprozeßordnung.
Strafgesetzbuch.
Preußisches Gesetz betr. die Feuerbestattung.
Motive zum Entwurfe eines BGB.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

B. Lehrbücher.

Arndts, Pandekten.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts.
Czylarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts.
Dernburg, System des römischen Rechts (Pandekten).
Pernice, Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit).
Regelsberger, Pandekten.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Wächter, Pandekten.

Dernburg, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts.
Gierke, Deutsches Privatrecht.
Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts.
Wächter, Württembergisches Privatrecht.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Kretzschmar, Das Erbrecht nach dem BGB.
Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht (aus „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen").
Zitelmann, Internationales Privatrecht.

C. Kommentare und Handausgaben.

Eschers Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch; Handausgabe.
Glücks Pandektenkommentar.
Koch, Das Allgemeine Landrecht.
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen Hrsg. von Biermann, Frommhold u. a. (Erbrecht jetzt von Leonhard).
Pinzger, Gesetz betr. die Feuerbestattung vom 14. IX. 1911 aus Karl Heymanns Taschengesetzsammlung.
Plancks Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Handausgabe mit Anmerkungen aus der Guttentagschen Sammlung Deutscher Reichsgesetze.

D. Einzelschriften.

v. Blume, Fragen des Totenrechts, im Arch. f. d. Civil. Prax. 112. Bd., S. 367 fg.
Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät; aus den Abhandlungen des kriminalistischen Seminars, hrsg. von v. Liszt, 2. Bd., 1. Heft.
Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, aus der Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Schirmer. Königsberg 1900.
Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, Sonderabdruck aus der Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolf von Iherings 50jährigem Doktorjubiläum.

Merkel, Ueber die sog. Sepulcralmulten; in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Rudolf von Ihering.

E. Dissertationen.

Carl Erwin Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht, Zürich 1885.
Feigel, Die Auflage nach dem BGB., Erlangen 1898.
Gottbehüt, Die erbrechtliche Auflage, Jena 1903.
Alexander Kramer, Ueber das Recht in bezug auf den menschlichen Körper, Berlin 1887.
Lemke, Der Begriff der Leistung in § 1940 des BGB., Münster 1904.
Saucke, Die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, Rostock 1903.
Schultheis, Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, Halle 1888.

F. Zeitschriften, Jahrbücher, Berichte und Entscheidungen.

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für die Civilistische Praxis.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Entscheidungen des Preußischen OVG.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Iherings Jahrbücher.
Juristische Wochenschrift.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Das Recht.
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
Stenographische Berichte des Herrenhauses.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.

G. Verschiedenes.

Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.
Jastrow, Formularbuch auf Grundlage des BGB.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung 9

II. Vergleichende Darstellung der Verfügungen von Todes wegen inbetreff des eigenen Leichnams 10

A. Nach Römischem Recht 10

B. Gemeinem Recht 24

C. Allgemeinem Landrecht 26

D. dem Code Civil und Rheinischem Zivilrecht 31

E. Badischem Landrecht 32

F. Oesterreichischem ABGB 34

G. Sächsischem BGB 34

H. Schweizerischem Zivilgesetzbuch 35

III. Beurteilung derartiger Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 37

A. Anführung eines zur Entscheidung des Reichsgerichts gebrachten Falles 37

B. Gültigkeitsvoraussetzungen allgemeiner Natur 40

C. Testamentarische Anordnungen bezüglich des eigenen Leichnams 47

1. nudum praeceptum 47

2. Auflage (modus) 48

a. Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit derartiger Auflagen: 48

1. Es fehle der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz zum Zwecke ihrer Vollziehung; 49

2. der Erblasser könne nur über sein Vermögen disponieren; 51

3. die Auflage müsse stets einen „berechenbaren Kostenwert" haben; 53

4. das sittliche Empfinden der Hinterbliebenen sei zu berücksichtigen; 60

5. den Erben oder Hinterbliebenen stehe ein ausschließliches Verfügungsrecht über den Leichnam des Verstorbenen zu 62

b. Rechtliche Grundlagen der Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams: 68
1. Juristische Stellung des Leichnams, ... 68
2. Konstruktion der Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams als Persönlichkeitsrecht des Erblassers. 72
c. Erzwingbarkeit solcher Auflagen. 77
d. Sicherung durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers. 87
3. Bedingte Einsetzung. 91
D. Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams im Erbvertrag. 92
IV. Zusammenfassung und Schluß. 93

Manch Lebender wird den menschlich gewiß recht begreifbaren[1]) Wunsch hegen, noch über die Zeit seines Daseins hinaus seinen — des Lebenden — Willen darüber bestimmen zu lassen, was mit seinem Körper geschehen soll, sollte sich eine solche Bestimmung auch nur darauf beschränken, für die würdige Bestattung des Leichnams zu sorgen; und sobald eine gewisse Kulturstufe in der Geschichte der Menschheit erreicht war, werden auch häufig solche Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam getroffen worden sein.

Vor dieser Zeit, vor dem Erwachen des individuellen Lebens in einem Volke, liegen die Zeiten volksmäßiger Gebundenheit, in denen die Religion[2]) als alles beherrschender Faktor dem einzelnen keinen Raum zur Betätigung individueller Wünsche läßt. Die Religion enthält in ihren Satzungen u. s. w. wie die Keime jeder höheren Geistestätigkeit überhaupt, z. B. der Kunst, so auch die des Rechtes. Sobald nun aber in einem Volke das individuelle Leben erwacht, löst sich die Religion in ihre einzelnen Bestandteile auf. Es entsteht u. a. die neue Kategorie des Rechtes. Da aber das Recht vorläufig noch roh und unausgebildet ist, so wird es noch nicht imstande sein, derartigen Anordnungen des Erblassers, wie sie hier behandelt werden, zur zwangsweisen Durchführung zu verhelfen. Doch mögen zunächst noch solche Wünsche des

[1]) Es kommen die verschiedensten Motive in Betracht: sittlich wertvolle, wie Schlichtheit des Empfindens, Wunsch, der Wissenschaft zu nützen, und sittlich minderwertige, wie Eitelkeit, Prunksucht, Aberglaube. Auf der andern Seite werden viele Menschen eine derartige Todesfurcht haben, daß ihnen jede derartige Verfügung ein Greuel sein würde.

[2]) Als Inbegriff der gesamten Vorstellungen verstanden, die die Lebens- und Denkweise eines langsam zum Menschentum erwachenden Volkes (oder einer Kaste) bestimmen.

Erblassers unter einem gewissen sakralen Banne stehen, obwohl sie bereits durch Betätigung individueller Einzelregungen den Kreis althergebrachter Ueberlieferung verlassen. Sobald aber die Zersetzung der Religion weitere Fortschritte macht, befindet sich der Erblasser mit seinen Sonderwünschen in einer prekären Lage. Die Religion bietet ihm keine Handhabe zur Durchsetzung seiner Wünsche *mehr*, und das Recht *noch nicht*. In dieser Zeit wird daher die Wirksamkeit seiner Anordnungen von der Pietät der Hinterbliebenen vor dem Verstorbenen abhängen. Es ist wohl anzunehmen, daß vorläufig noch die Angehörigen oder Erben in ehrfurchtsvoller Achtung die letzten Wünsche des Erblassers hinsichtlich seines Leichnams erfüllt haben werden.

Nach alledem erklärt es sich wohl, daß wir in älteren Rechten wenig oder nichts über derartige Anordnungen, geschweige denn ihre zwangsweise Durchführung hören. Erst dem modernen Recht ist es vorbehalten geblieben, auch diese Bestimmungen des Erblassers bewußt und mit Betonung unter *rechtliche* Gesichtspunkte zu bringen. Dazu mag beigetragen haben, daß mit dem Heraufkommen einer neuen Zeit Achtung und Pietät gegenüber Wünschen des Verstorbenen geringer werden. Ferner mag hinzukommen, daß mit der Ausbildung der medizinischen Wissenschaft Verfügungen häufiger werden, nach denen der Leichnam einem anatomischen Institut überlassen werden soll; nun aber erheben die Hinterbliebenen gegen die Durchführung einer solchen Anordnung aus Gründen, die meist in religiösen oder traditionellen Anschauungen wurzeln, Einspruch und nehmen gerichtliche Hilfe in Anspruch. Auch das Aufkommen der Feuerbestattung gibt zu manchem *Rechts*streit Veranlassung.

Im einzelnen wird sich diese Entwicklungsgeschichte nicht immer aufrecht erhalten lassen.[1]) Aber im wesentlichen wird sich m. E. aus diesen entwicklungsgeschichtlichen Gründen erklären, daß wir aus dem *römischen Recht* nur wenige Fälle

[1]) Man denke z. B. daran, daß im alten römischen Recht das Testament als lex privata gilt (cf. S. 14 meiner Arbeit), also zu einer Zeit, da das römische Recht noch unausgebildet war, der Wille des Erblassers Gesetzeskraft hatte.

kennen, die wohl unter diese Kategorie von Verfügungen zu rechnen sind[1]). Unzweifelhaft gehört hierher l. 88 § 1 de legatis et fideicommissis 2.[2]) Der Erblasser wendet dem Titius ein Vermächtnis zu unter der Verpflichtung, ihn zu beerdigen. Das Charakteristische dieser Bestimmung beruht darin, daß sich die Vermächtniszuwendung von der Beerdigungspflicht nicht trennen läßt. Zwei an sich selbständige Testamentsbestimmungen sind durch den Willen des Erblassers so eng miteinander verbunden worden, daß die eine nicht ohne die andere erhalten bleiben kann. Mit Recht erwähnt Pernice[3]) derartige Bestimmungen in einem besonderen Abschnitt und trennt sie von der Behandlung des modus. Denn in der Tat wird der hier erwähnte Fall juristisch anders beurteilt, als ein modus gleichen Inhalts. Der Vermächtnisnehmer, auf den durch den Willen des Erblassers die sakrale Pflicht des Erben zur Bestattung des Erblassers übertragen wird, kann die erforderlichen Geldmittel aus der Erbschaftsmasse beanspruchen. Besorgt er nunmehr die Beerdigung des Erblassers nicht, so geht gegen ihn die actio doli. Ferner aber kann er nach Ulpians Ansicht auch im Extraordinarverfahren zur Erfüllung seiner Pflicht gezwungen werden.[4]) Man erkennt hier deutlich bereits im römischen Recht einen Fall einer Verfügung von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams, die rechtswirksam vom Erblasser getroffen werden kann. Es wird wohl nichts im Wege stehen, eine derartige Anordnung

---

[1]) Ich gebe für dieses Recht wie für die anderen im nachfolgenden erwähnten Rechte nur einen Abriß der Institute, die für Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams in Frage kommen können, ohne mich eingehend über die Wirksamkeit derartiger Anordnungen zu äußern. Der Versuch, die Frage der Verwirklichung zu lösen, bleibt der Darstellung bei dem BGB. vorbehalten.

[2]) „A te peto, Titi, fideique tuae comitto, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito."

[3]) Labeo Band III 1. Abteilung S. 63 fg.

[4]) Cf. l. 14 § 2 D. 11,7. Zweifelhaft ist es, ob der Stadtprätor im Extraordinarverfahren vorgeht. Cf. Pernice a. a. O. S. 68 Anm. 2.

auch dann für wirksam zu erklären, wenn sie dem Erben befohlen ist. Wenigstens würde ein Analogieschluß zu diesem Ergebnis führen.[1]) Aber aus dieser l. 88 schließen zu wollen, daß Verfügungen über den eigenen Leichnam im römischen Recht nur in der eben erwähnten Art der engen Zusammenkettung zweier testamentarischer Bestimmungen getroffen worden sind, ist unrichtig; denn andere ähnliche Bestimmungen kommen vielfach in der Form der bedingten Einsetzung oder der Auflage vor: so z. B. l. 17 § 4 D. 35, 1. Hier wie an anderen Stellen ist aber nicht eine Verfügung erwähnt, die direkt den Leichnam betrifft, sondern es ist nur die Errichtung eines Grabdenkmals angeordnet. Immerhin liegt jedoch eine Anordnung vor, deren Ziel eine würdige Aufbewahrung des Leichnams ist.

Dagegen ist in l. 27 pr. D. 28, 7[2]) sogar eine Verfügung unmittelbar über den Leichnam in Gestalt einer bedingten Erbeseinsetzung getroffen: X. wird zur Erbschaft berufen, wenn er den Leichnam des Verstorbenen verbrennt und seine Aschenreste — diese werden wohl mit „reliquiae" gemeint sein — ins Meer wirft. Modestinus will dem Erben, ohne daß er diese Bedingung erfüllt, die Erbschaft belassen, da die Nichterfüllung zu loben sei. Er hält also die Bedingung wohl für unsittlich, da es nach seiner Ansicht offenbar weder der Menschenwürde entspricht, daß menschliche Ueberreste in das Meer geworfen werden, ohne daß eine notwendige Ver-

---

[1]) Cf. auch l. 27 pr. D. 28,7, in der der Erbe unter der Bedingung, daß er einer vom Erblasser über seinen Leichnam getroffenen Verfügung nachkommt, zur Erbschaft berufen wird.

[2]) Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione, si reliquias eius in mare abiciat. Quaerebatur: cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? Modestinus respondit: Laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.

anlassung hierzu vorliegt, noch die traditionellen Anschauungen eine solche „Beseitigung“ des Leichnams gegenüber der Erdbestattung, sei es auch nur der Aschenreste, zulassen. So hohe Geltung der im Testament ausgesprochene Wille des Erblassers also auch beanspruchen kann, er muß doch den religiösen Anschauungen, die sich auf die Bestattung des Verstorbenen beziehen, weichen.

Immerhin ist es bemerkenswert, daß die in der l. 27 aufgeworfene Frage überhaupt gestellt werden konnte. Es scheint also doch, als ob der Individualismus bereits damals angefangen hatte, die alten überlieferten Traditionen von der Religiosität des Begräbnisses zu vernachlässigen. Jedenfalls aber ist es ihm nicht gelungen, sich ihnen gegenüber durchzusetzen. Vielmehr halten noch die Compilatoren zur Zeit Justinians, von denen offenbar der Schlußsatz: „Sed hoc prius“ . . . . herrührt, an der Meinung Modestins fest und schützen den ungehorsamen Testamentserben gegenüber dem Intestaterben, der nur dann, wenn der Erblasser, der die vorher erwähnte Bedingung setzt, geisteskrank war, den Testamentserben aus der Erbschaft verdrängen kann. — Heute wird man sich zu fragen haben, ob eine derartige Verfügung gegen die „guten Sitten“ verstößt, da der Leichnam nicht eine „Sache des Verkehrs“ ist. Cf. Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 426 und meine Arbeit S. 42 fg.

Auch die Klausel: „H M H N S“[1]), die sich häufig auf römischen Grabinschriften findet, wird unter die geringe Anzahl der uns aus dem römischen Recht bekannten Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams zu rechnen sein. Jedenfalls trifft sie inhaltlich eine Bestimmung in betreff des eigenen Leichnams, da sie durch den Ausschluß der Erben von dem Recht der Benutzung des Grabes den sonst jedem agnatischen Hausgenossen als solchen zustehenden Anteil am Familiengrab aufhebt. Ihre juristische Bedeutung als letztwillige Verfügung wird diese Bestimmung in der Grabinschrift wohl der Privatautonomie des Erblassers verdanken, die auf

[1]) Hoc Monumentum Heredem Non Sequitur (Sequetur).

dem Gedanken beruht, daß jedes Testament eines Römers eine lex privata sei. Zuzugeben ist allerdings, daß diesem Akte der Privatautonomie kein anderes ersichtliches Zwangsmoment innewohnt, als die ihn „honorierende Sitte".[1])

Ferner wird auch das Verbot, das Grabmonument zu veräußern, — eine ebenfalls häufige Bestimmung auf Inschriften römischer Gräber — in die Reihe der hier behandelten letztwilligen Verfügungen gehören. Genauer betrachtet handelt es sich auch hier wohl um eine Beschränkung des ius monumenti (ius inferendi), nicht dagegen trotz des entgegenstehenden Wortlauts um ein Veräußerungsverbot des Grabdenkmals selbst. Denn das Monument ist wie das Grab locus religiosus und somit der Privatrechtssphäre entzogen.[2]) Für den Fall, daß seine Vorschriften verletzt werden, ordnet der Errichter des Grabes den Verfall einer Buße an (sogenannte Sepulcralmult[3])).

So sind uns doch immerhin einige, wenn auch wenige Bestimmungen des Erblassers aus dem römischen Rechte bekannt, die als Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams angesprochen werden können. Unrichtig würde es wohl sein, aus der Erscheinung, daß Bestimmungen des Erblassers unmittelbar über den eigenen Leichnam im römischen Rechte kaum erwähnt werden, nun den Schluß ziehen zu wollen, daß solche Anordnungen kaum je getroffen worden wären. Vielmehr werden, da Bestimmungen über das Begräbnis durchaus nicht selten, sondern häufig waren (vgl. Glücks Pandektenkommentar Bd. 33 S. 337, § 1042), auch Verfügungen unmittelbar über den eigenen Leichnam getroffen worden sein. Ihr spärliches Auftreten im Corpus juris

---

[1]) Cf. Johannes Merkel: „Ueber die sogenannten Sepulcralmulten," in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Rudolf von Ihering. Leipzig 1892; insbesondere S. 87—92, 109 fg, 114, 123, 125, 133, 134.

[2]) Cf. Merkel a. a. O. S. 89.

[3]) Ueber sie, insbesondere ihre Wirksamkeit cf. Merkel am angeführten Orte. Ein näheres Eingehen auf sie würde bei dem lockeren Zusammenhang mit dem Thema zu weit führen.

wird sich m. E. daraus erklären, daß keine oder wenige Fälle vorgelegen haben werden, in denen die Hinterbliebenen oder Erben[1]) derartige Bestimmungen des Erblassers nicht respektiert hätten, zumal ihr sakraler Charakter eine vorzugsweise Berücksichtigung wahrscheinlich macht.[2]) Anders steht es freilich mit solchen Anordnungen des Erblassers, die die Errichtung eines Grabmonuments oder ähnliches bestimmen, also keine unmittelbare Bestimmung über den Leichnam treffen. Diese werden häufig recht lässig befolgt.[3]) — Alles in allem wird man wohl sagen können, daß im allgemeinen kein Bedürfnis bestanden haben wird, Verfügungen des Erblassers über seinen Leichnam grundsätzlich eine rechtliche Sonderstellung einzuräumen.[4]) Man wird vielmehr unbedenklich annehmen können,

[1]) Der Erbe tritt nur als Familienmitglied in eine rechtliche Beziehung zu der Leiche des Erblassers und zu seinem Grabe. Cf. von Blume, Fragen des Totenrechts, im Archiv für Civilistische Praxis, 112. Band S. 383—86. Vergl. insbesondere seinen Hinweis auf l. 20 D. 29,2 und l. 4 D. 11,7.

[2]) Man wird aber berücksichtigen müssen, daß nach römischer Anschauung der Leichnam verkehrsunfähig ist. Cf. Schultheis: Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, Hallenser Dissertation 1888 S. 8 fg., Carl Erwin Cramer: Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht, Züricher Diss. 1885 S. 11. Somit werden alle Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam, die dies nicht beachten, als unwirksam bezeichnet werden müssen. Häufig wird sich die Unwirksamkeit aus diesem Grunde mit der durch Verstoß gegen die guten Sitten hervorgerufenen Nichtigkeit decken. In der christlichen Periode der Herrschaft des römischen Rechts wird man bei der Abneigung gegen Leichensektionen (cf. Cramer a. a. O. S. 13 bis 15) bis 1238 auch Verfügungen über den Leichnam, die diesen unentgeltlich einer Anatomie zu wissenschaftlichen Zwecken zukommen lassen wollen, für ungültig erklären müssen.

[3]) Cf. Pernice a. a. O. S. 46, Anm. 4.

[4]) Natürlich ergeben sich aus der Sonderstellung des Leichnams, insbesondere seiner Verkehrsunfähigkeit, einige Modifikationen. Cf. S. 15[2]). Aber sie reichen doch nicht aus, um Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams völlig aus dem Rahmen des Erbrechts herauszuheben. Vielmehr bieten dessen Institute gefügige Formen, in die der römische Erblasser seine Anordnungen hinsichtlich des eigenen Leichnams kleidet.

daß auch derartige letztwillige Anordnungen im wesentlichen nach denselben Gesichtspunkten zu beurteilen sind, die das römische Recht für ähnliche Nebenbestimmungen des Erblassers kennt.[1])

Eine solche Nebenbestimmung kann im Testament getroffen werden. Dagegen kann die Form des Erbvertrags nicht gewählt werden. Denn die Unwiderruflichkeit eines solchen Vertrages widerspricht dem Grundsatz: „ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.[2]“)

Ist die letztwillige Verfügung über den eigenen Leichnam in einem Testament angeordnet, so wird m. E. ihre Rechtswirksamkeit in der älteren römischen Zeit seit der Gesetzgebung der 12 Tafeln gemäß dem Satz: „uti legassit, . . . ita ius esto“ gesichert gewesen sein.[3]) Daß man in späterer Zeit diesen 12 Tafel-Satz auf formlose testamentarische Nebenbestimmungen nicht anwendet, ist wohl mit Pernice[4]) so zu erklären, daß man in dieser Zeit das Gefühl für die Sonderstellung des Testaments als einer lex privata bereits verloren hat.

Der Unterschied zwischen modus und nudum praeceptum wird wohl erst in der Kaiserzeit aufgekommen sein, ein Unterschied, der bedeutende rechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

---

[1]) Abgesehen von den Verfügungen, die in untrennbarem Zusammenhange mit einer anderen stehen (cf. die vorher erwähnte l. 88 § 1 de legatis et fideicommissis 2.) Derartige Verfügungen gehen ihren eigenen Weg. Cf. oben S. 11[2]) und Pernice a. a. O. S. 67/68. Der in der l. 88 erwähnte Fall einer Verfügung über den eigenen Leichnam ist offenbar eine Ausnahmeerscheinung (wegen des seltenen Vorkommens zweier gewollt untrennbarer testamentarischer Anordnungen) und kann daher nicht in dem Sinne verwertet werden, daß Bestimmungen des Erblassers in betreff des eigenen Leichnams ganz allgemein den in dieser lex angegebenen Regeln folgen.

[2]) l. 4 D. 34,4. Cf. auch c. 15 C. 2,3; c. 5 C. 5,14; c. 4 C. 8,38.

[3]) Zum mindesten wird eine extensive Interpretation auch solche modalen Nebenbestimmungen rechtswirksam gestaltet haben können.

[4]) A. a. O. III 1. S. 56 oben.

Trägt die Verfügung den Charakter eines reinen Wunsches (nudum praeceptum), dann ist ihre Ausführung in das Belieben der Hinterbliebenen gestellt; es bleibt ihrem Anstandsgefühl, ihrer Pietät gegenüber dem Verstorbenen überlassen, seine Wünsche auszuführen. Dieser Grundsatz geht deutlich aus l. 71 pr. D. 35, 1 hervor.

Doch ist der Uebergang eines nudum praeceptum zum modus (Auflage) fließend. Der Erblasser kann dem Bedachten mit seiner Anordnung auch eine rechtliche Verpflichtung haben auferlegen wollen. Diesen Fall berücksichtigt l. 114 § 14 D. 30, indem sie die bindende Verpflichtung eines Veräußerungsverbots hervorhebt, wenn der Erblasser sagt, warum er gerade diese Anordnung getroffen hat, oder das Veräußerungsverbot im Interesse eines Dritten erfolgt ist. Aber auch diese lex bestimmt, daß sonst ein derartiges Veräußerungsverbot in einer letztwilligen Verfügung unwirksam ist („nullius esse momenti scripturam").

Sobald der Erblasser zur Erfüllung seiner Wünsche rechtlich verpflichten will, ist ein modus anzunehmen. Er kommt in der Regel zwar nur bei Vermächtnissen vor. Jedenfalls ist aber in der Kaiserzeit seit der Mitte des 2. Jahrhunderts nach Christus auch die Erbeseinsetzung mit einem modus zulässig.[1])

Somit wird spätestens seit dieser Zeit der Erblasser auch den Erben mit einem modus beschweren können, der

[1]) Cf. Czylarz, Institutionen § 131 A 2 S. 292 unten, der die Zufügung eines modus auch bei der Erbeseinsetzung von eher für zulässig erklärt, und dagegen Dernburg, Pandekten § 84 Anm. 3, der ausführt, daß letztwillige Anordnungen, die nicht bestimmte Zuwendungen enthalten hätten, ursprünglich nur in der Form der Bedingung hätten festgemacht werden können. Ohne sie hätten sie wohl Autorität, aber keine Verbindungskraft gehabt. Das sei erst in der Kaiserzeit anders geworden. Cf. auch Feigel, die Auflage nach dem BGB., Erlanger Diss. 1898, Einleitung. Ferner zweifelnd Pernice, Labeo a. a. O., S. 32 Anm. 1 u. 2. — Ueber das Wort „modus", den unsicheren Sprachgebrauch des römischen Rechtes hinsichtlich der mit solcher „Auflage" gleichbedeutendem Worte und die Entwicklungsgeschichte des modus im römischen Recht cf. Pernice a. a. O. S. 12 fg.

eine letztwillige Bestimmung über den Leichnam enthält. Die Verbindlichkeit einer Auflage, in der eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam enthalten ist, wird man nun nicht a priori dadurch beseitigen können, daß man sagt, jede Auflage muß einem Dritten einen Vermögenswert zuwenden wollen (oder überhaupt einen Vermögenswert haben oder einen Vermögensaufwand erfordern).[1]) Es genügt vielmehr, daß ein Dritter ein Interesse an ihrer Ausführung hat. Nun wird man allerdings nicht leugnen können, daß Verfügungen des Erblassers über seinen Leichnam häufig nur seinem eigenen Interesse entspringen. Anderseits kann es sein, daß beim Vorhandensein von Miterben mindestens einer von ihnen die Wünsche des Erblassers respektiert und sie erfüllen wird; und nur wenn ein Universalerbe eingesetzt ist, dem die Ausführung solcher Anordnungen des Erblassers, die von ihm nicht erzwungen werden können, gleichgültig ist, wird ein modus des Erblassers, der eine Anordnung über seinen Leichnam zum Inhalt hat, regelmäßig unwirksam bleiben können. Unmöglich ist vorläufig in diesem Falle ein obrigkeitliches Eingreifen im Extraordinarverfahren.[2]) Aber in der Spätzeit der Republik wird der Stadtprätor in verschiedener Weise versucht haben, zu helfen, indem er z. B. „die Klage auf das Vermächtnis verweigert oder die exceptio doli zuläßt, wenn der modale Legatar nicht Sicherheit wegen Erfüllung der Auflage stellt."[3]) Keinesfalls steht dem belasteten Erben oder Legatar eine Klage auf Rückgewähr der Zuwendung zu.[4]) Nach alledem ist die Sicherheit des Erblassers, daß seine Anordnungen unmittelbar zwangsweise

---

[1]) Cf. Lemke. Der Begriff der Leistung in § 1940 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Münsterer Dissertation 1904, S. 10/11.

[2]) Cf. Pernice a. a. O. S. 39, insbesondere seinen Hinweis auf fr. 7 de ann. leg 33,1.. Denn der Schlußsatz: „sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci" ist offenbar zu Justinians Zeit interpoliert.

[3]) Cf. Pernice a. a. O. S. 37.

[4]) Cf. Pernice a. a. O. S. 34.

ausgeführt werden, bei Auferlegung eines modus eine recht geringe.[1])

Um sich gegen die Nichtbefolgung seiner Anordnungen zu schützen, kann der Erblasser zur Androhung einer multa greifen, durch die er die Erlegung einer Geldbuße für den Fall vorschreibt, daß seine Wünsche nicht erfüllt werden. Aehnlich wie die Sepulcralmulten[2]) ist nach Pernice[3]) eine solche testamentarische multa als „Nachahmung der öffentlichen Bußen anzusehen". Auch ihre Rechtswirksamkeit beruht auf dem Gedanken, daß das Testament als lex privata ebenso multieren dürfe, wie die lex publica. Die Strafzahlung erfolgt an eine öffentliche Kasse. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen die Buße nicht verwirkt wird.[4]) Aber auch dann sind Multen zweifellos juristisch da von Wert, „wo die Art des modus einer Behörde die Handhabe zu selbständigem Eingreifen bietet, wie etwa die Errichtung eines Grabdenkmals dem pontifex". Denn hier kann eine Nötigung von Amts wegen erfolgen.[5]) [6])

Ferner kann der Erblasser, um die Ausführung seiner Auflage zu sichern, die Ableistung eines Eides, in dem der Erbe die Erfüllung der Wünsche des Erblassers verspricht,

---

[1]) Vgl. die Formulierung von Pernice a. a. O. S. 39: . . ." daß Anordnungen des Erblassers, die sich als Auflagen an den Erben darstellen, nicht erzwungen werden können, sondern vom guten Willen und vom Pflichtgefühl des Belasteten abhängig sind."

[2]) Cf. oben S. 13/14.

[3]) A. a. O. S. 44.

[4]) Cf. l. 6 pr. D. 35,1.

[5]) Cf. Pernice a. a. O. S. 46.

[6]) Eine besondere Art der Multen sind die von Merkel (cf. oben S. 14[1]) behandelten Sepulcralmulten. Ihr Unterschied von den testamentarischen Multen beruht formell darauf, daß sie nicht testamentarisch angeordnet sind, inhaltlich darauf, daß sie meist die Störung des Grabfriedens mit Strafe bedrohen und sich an jedermann wenden, während die testamentarisch Multen im Interesse eines bestimmten Einzelwunsches des Erblassers erfolgen und die Erben oder Vermächtnisnehmer mit Strafe bedrohen. Aber es gibt auch Sepulcralmulten, die inhaltlich ebenso gut testamentarische Multen sein könnten. Cf. z. B. die bekannte Grabinschrift H M H N S.

zur Bedingung der Erbeseinsetzung machen (condicio iurisiurandi). Wenn auch die Erfüllung dieses Versprechens nicht erzwungen werden kann, so liegt doch moralisch in der Leistung eines solchen Eides die denkbar größte Verpflichtung.[1])

Während der Erblasser so in republikanischer Zeit zu allerhand Auskunftsmitteln greifen muß, um die Durchsetzung seiner Anordnungen, die in die Gestalt einer Auflage gekleidet sind, zu erreichen, ist in der Kaiserzeit mit Pernice[2]) im allgemeinen eine obrigkeitliche Verwirklichung letztwilliger Aufnahmen anzunehmen ohne Unterschied, welchen Charakter sie tragen. Die Nichterfüllung stellt sich als ein Unrecht dar, das zu ahnden ist.

Aber wenn die Erfüllung des modus allein im Interesse des Erblassers liegt[3]), so ist alles dem Ermessen des Beamten anheim gestellt.[4]) Insofern ist also doch eine Weiterentwicklung gegenüber der republikanischen Zeit zu erkennen, als jetzt zu Beginn der Kaiserzeit ein obrigkeitlicher Eingriff zugunsten der Durchsetzung solcher letztwilliger Auflagen als allgemein statthaft anerkannt wird, während er ursprünglich in diesen Fällen unzulässig, dann zweifelhaft war[5]). Im einzelnen hilft der Beamte wohl durch Verweigerung der Klage auf das Vermächtnis, durch Zulassung der exceptio doli, evtl. zwangsweise.[6])

Zu Justinians Zeit erhält der beschwerte Erbe einen Anspruch auf Rückgabe des vom Vermächtnisnehmer bereits Erlangten. So wird also auch indirekt ein erheblicher Druck dadurch ausgeübt, daß der, der die Anordnungen des Erblassers nicht befolgt, nach den Quellen die Zuwendung wegen

---

[1]) Cf. näher auch hierüber Pernice a. a. O. S. 47, der aus der Existenz dieses Sicherungsmittels des Erblassers den Schluß zieht, daß es damals einen rechtlich anerkannten und ausgebildeten modus noch nicht gegeben habe.

[2]) A. a. O. S. 55.

[3]) — und das wird gerade bei Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams häufig der Fall sein.

[4]) Cf. Pernice a. a. O. 39.

[5]) Cf. Pernice a. a. O. 37.

[6]) Cf. Pernice a. a. O. 37.

Nichterfüllung der Auflage ganz[1]) verlieren soll.[2]) Nur insofern ist von dieser Regel wieder eine Ausnahme gemacht, als der Auflagebeschwerte trotz Nichterfüllung der Auflage die Zuwendung erhalten haben soll, wenn der Erblasser ihm gleichwohl die Zuwendung gegeben hätte.[3])

Im einzelnen sind folgende Fälle zu unterscheiden, in denen jetzt auch bestimmte Personen das Recht erhalten, von dem Belasteten die Erfüllung der Auflage zu verlangen und im Klagewege durchzusetzen.

1. Ist der modus einem Vermächtnisnehmer auferlegt, so können die Erben seine Vollziehung verlangen. Sie brauchen ferner nur gegen Leistung einer Sicherheit das Vermächtnis auszuzahlen und können evtl. das bereits Geleistete zurückfordern.[4])

2. Ist ein Erbe mit der Auflage beschwert, so kann jeder Miterbe mit der actio familiae erciscundae (oder auch mit der actio praescriptis verbis) auf Erfüllung klagen.[5])

3. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann auch von der Obrigkeit Erfüllung verlangt werden.[6])

---

[1]) Also nicht nur insoweit, „als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen". Cf. § 2196 I BGB.

[2]) Dafür sprechen mehr oder minder deutlich: l. 1 § 3 D. 27,2; l. 8 § 6 D. 28, 7; l. 43 pr., l. 71 § 3, l. 72 § 6 D. 35,1. Cf. Windscheid-Kipp §§ 556, 636.

[3]) Cf. l. 1 § 3 am Ende D. 27,2: „ceterum, si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio, et ita divus Severus saepissime statuit."

[4]) Cf. l. 19 D. 32; l. 21 § 3 D. 33,1; l. 17 D. 33,1. Als Abschluß der Entwicklung Nov. 1.

[5]) Cf. l. 18 § 2 D. 10,2. Cf. Lemke a. a. O. S. 16. A. M. Pernice a. a. O. S. 39 Anm. 2.

[6]) Bei Verfügungen des Erblassers über seinen eigenen Leichnam wird das nur selten der Fall sein: etwa dann, wenn mit einer solchen Verfügung eine Anordnung verbunden wird, deren Ausführung im öffentlichen Interesse liegt, und beide Anordnungen nach dem Willen des Erblassers untrennbar sind. Cf. l. 50 § 1 D. 5,3; 1.7 Z. 25 fg. D. 33,1; cf. dazu § 2194 BGB.

Dem modus nähert sich ein der Erbeinsetzung oder Errichtung eines Vermächtnisses hinzugefügter Beweggrund, der sich auf ein Tun des Bedachten richtet. Grundsätzlich kommt der Beweggrund gegenüber der ausdrücklichen Festsetzung des Erblassers nicht in Betracht. Diese Regel wird bei Erbeinsetzungen streng inne gehalten und nur in wenigen vereinzelten Entscheidungen durchbrochen.[1]) Beim Vermächtnis dagegen wird von Papinian die exceptio doli gegeben, si probetur (testator) alias legaturus non fuisse,[2]) während vor ihm Gaius als Regel den Satz aufgestellt hatte: falsa causa non nocet.[3]) Jedenfalls wird die Hinzufügung eines Beweggrundes kein geeignetes Mittel für den Erblasser sein, sich hinsichtlich der Durchführung seiner Anordnungen zu sichern.

Auch das im BGB. ausgebildete Institut der Testamentsvollstreckung wird für den römischen Erblasser nicht als geeignetes Instrument zur Durchsetzung seiner letztwilligen Wünsche betrachtet werden können. Zwar überträgt auch in Rom der Erblasser bereits Vertrauenspersonen, besonders einzelnen Miterben die Vollstreckung gewisser Anordnungen.[4]) Auch wird in der christlichen Kaiserzeit die Vollstreckung testamentarischer Anordnungen zu frommen Zwecken kirchlichen Vertrauenspersonen übertragen; evtl. muß der Bischof einschreiten.[5]) Aber ein einheitlich geregeltes Institut der Testamentsvollstreckung, wie es heute im BGB. besteht, kennt das römische Recht nicht. So muß es also zum mindesten sehr zweifelhaft sein, ob der Erblasser eine Anordnung über seinen Leichnam durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers nach römischem Rechte genügend schützen kann.

---

[1]) Cf. Pernice a. a. O. S. 73.

[2]) Cf. l. 72 § 6 D. 35,1 — bestritten. A. A. Pernice a. a. O. S. 75,1, — bezüglich des letzten Punktes — der die Stelle für der Interpolation verdächtig hält. Cf. aber Windscheid-Kipp III § 633 Anm. 22 und die dort zitierten Quellenstellen.

[3]) Cf. l. 17 § 2 D. 35,1.

[4]) Cf. l. 88 § 1 D. 31.

[5]) Cf. c. 28 C. liber 1 Titel 3; Nov. 131 Capita VII—XI.

Ferner kann der Erblasser die Vollziehung von Bestimmungen über seine Bestattung und ähnliche Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam dadurch sichern, daß er den Erben unter der Bedingung einsetzt, daß dieser seine Anordnungen befolgt. Die einer Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung muß suspensiv gefaßt sein.[1]) Wählt der Erblasser die Form der resolutiven Bedingung, so sollte eine solche eigentlich als nicht geschrieben gelten.[2]) Aber das römische Recht hat in solchen Fällen die Tendenz, eine derartige letztwillige Verfügung durch Umdeutung als Universalfideikommiß aufrecht zu erhalten.[3])

Hat der Erblasser den Erben unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so gilt die Erbschaft vorläufig für eine hereditas iacens.[4]) Gegen Sicherheitsleistung erhält aber der Erbe eine vorläufige bonorum possessio secundum tabulas.[5])

Beschwert der Erblasser einen Vermächtnisnehmer mit einer Auflage, so kann er jede Form der Bedingung wählen, also auch die der auflösenden. Die Schwierigkeiten, die sich bei einer mit einer Erbeseinsetzung verbundenen resolutiven Bedingung ergeben, und durch Umdeutung in ein Universalfideikommiß gelöst werden, bestehen hier demnach nicht.[6])

Einer besonderen Beachtung bedarf beim Vermächtnis folgende Sicherungsmöglichkeit des Erblassers für seine Anordnungen. Dem Vermächtnisnehmer wird die Rückgabe der Zuwendung an den Erben befohlen, wenn er den modus nicht erfüllt. In diesem Falle geht der Hauptanspruch auf Erfüllung des modus, in zweiter Linie aber kann der Erbe mit Hilfe der hereditatis petitio, die hier als „utilis

---

[1]) Anders im Soldatentestament, cf. l. 15 § 4 D. 29,1.

[2]) Gemäß dem Grundsatz: „Semel heres, semper heres."

[3]) Cf. statt aller anderen Literaturnachweise Windscheid-Kipp § 554 Anm. 19 mit Literaturangaben. — Bestritten.

[4]) Cf. l. 60 § 6 D. 28,5.

[5]) Cf. l. 12 D. 2,8.

[6]) So wenigstens im justinianischen Recht, cf. c. 26 C. VI, 37.

repetitio“ gegeben wird, vom Vermächtnisnehmer die Rückgabe der Zuwendung beanspruchen.[1])

Im Gegensatz zum BGB. machen unmögliche, unsittliche oder unerlaubte Bedingungen die Zuwendung nicht unwirksam, sondern sie gelten als nicht hinzugefügt.[2]) Wird dem Erben die Ausführung der letztwilligen Verfügung ohne sein Verschulden unmöglich, so wird die Handlung als ausgeführt angesehen.[3]) Bemerkenswert ist, daß der Erblasser, der eine negative Potestativbedingung getroffen hat,[4]) die sich auf eine der hier behandelten Nebenbestimmungen bezieht, nicht durch die sogenannte cautio Muciana geschützt wird.[5]) Der Grund für ihre Nichtanwendung liegt wohl darin, daß die cautio Muciana ein längeres bestimmtes Verhalten des Onerierten erzielen will. Bei Nebenbestimmungen, wie sie hier behandelt werden, ist für die cautio Muciana daher kein Raum, da sie entweder sehr bald verwirklicht oder nicht verwirklicht werden.[6])

Ebensowenig, wie uns aus dem reinen römischen Recht über Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams bekannt ist, wissen wir auch aus der Fortbildung des römischen Rechtes, dem gemeinen Rechte. Bemerkenswert ist nur, daß jetzt ganz allgemein in Erledigung einer früheren Streitfrage sich die Ansicht Bahn bricht, daß Erbeseinsetzungen mit einem modus zulässig sind.

---

[1]) Cf. Pernice a. a. O. S. 47.

[2]) So die von Justinian angenommene Meinung der Sabinianer; cf. l. 6 § 1 D. 35,1.

[3]) Cf. z. B. l. 23 D. 28,7.

[4]) — Er hat etwa angeordnet, der Vermächtnisnehmer solle ihn nicht in X. beerdigen lassen.

[5]) Cf. Pernice a. a. O. S. 42. Die cautio Muciana betrifft ursprünglich nur Legate, cf. l. 18 D. 35,1, wird später, wohl erst zu Justinians Zeit, aber auch auf Erbeseinsetzungen erstreckt. Cf. l. 7 pr. D. 35,1: „nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.“

[6]) Man denke an eine Bestimmung z. B. hinsichtlich der Bestattung des eigenen Leichnams, die in die Form einer negativen Potestativbedingung gekleidet ist.

Erst im usus modernus pandectarum taucht die Frage auf, ob der Erblasser bindende Dispositionen über seinen Leichnam treffen könne. Diese Frage wird bejaht von Bekker;[1]) ebenso entscheidet sich Wächter,[2]) der wie Bekker nur in der Unvereinbarkeit mit den guten Sitten eine Schranke solcher letztwilligen Verfügungen erblickt. Auch Stobbe[3]) meint, daß die Erben die Verfügung zu respektieren haben; er fügt jedoch hinzu, wenn der Erblasser bestimmt habe, daß sein Leichnam einer bestimmten Person gehören solle oder an ein medizinisches Institut veräußert werden solle, so könne von denen, mit denen der Erblasser zu Lebzeiten eine derartige Bestimmung seines Leichnams vereinbart habe, auf Erfüllung dieser letztwilligen Anordnung nicht geklagt werden. Auch Windscheid-Kipp[4]) erwähnt ausdrücklich als zulässigen Inhalt einer Auflage Anordnungen über die Art und Weise des Begräbnisses: Bestimmungen, die doch einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam sehr nahestehen, ja selbst eine solche Verfügung darstellen können. Jedenfalls wird also in der Literatur die Rechtswirksamkeit vieler letztwilliger Verfügungen über den eigenen Leichnam angenommen. Und man wird selbst solchen Verfügungen über den Leichnam, die keine vermögenswerten Kosten verursachen, Verpflichtungskraft zusprechen müssen.[5]) Denn die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die den Gegenstand einer Verpflichtung bildende

---

[1]) System des heutigen Pandektenrechtes Bd. 1 § 77 Beilage I B S. 331.

[2]) Württembergisches Privatrecht Bd. 2, S. 285. Cf. auch Wächter, Pandekten § 60 Beilage I B II: „Auch sind Verfügungen, die jemand für den Fall seines Todes über seinen Leichnam trifft, soweit zu beachten, als sie mit der öffentlichen Sitte vereinbar sind."

[3]) Deutsches Privatrecht § 64 I 5 S. 604.

[4]) Bd. 3 § 678, 2 S. 739.

[5]) Im allgemeinen wenig praktisch; aber man denke z. B. an folgende Bestimmung: „Eine Locke meines Haares soll abgeschnitten und meinem Freunde X. übergeben werden."

Leistung[1]) einen vermögensrechtlichen Inhalt haben müsse, ist bei den Bedürfnissen des modernen Kulturlebens wohl richtig von Windscheid[2]) und Ihering[3]) entgegen Dernburg[4]) und Arndts[5]) zugunsten der Ansicht entschieden worden, daß ein solcher Inhalt der Obligation nicht erfordert wird.

Anordnungen über den Leichnam werden daher auch im gemeinen Recht in den vorher beschriebenen Formen[6]) zulässig sein.[7]) Im Gegensatz zum reinen römischen Rechte wird auch durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers eine derartige Bestimmung ihrer Verwirklichung entgegengeführt werden können.[8]) Ferner können derartige Bestimmungen auch in einem Erbvertrage getroffen werden, da ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, das an der Gültigkeit vertragsmäßiger Erbesberufung festhält, sich gegenüber dem rezipierten Römischen Recht durchgesetzt hat.[9])

Im Allgemeinen Landrecht[10]) findet sich für einen Spezialfall einer Verfügung über den eigenen Leichnam, nämlich für Anordnungen über das Begräbnis, die Bestimmung, daß sie auch „in einem außergerichtlichen Aufsatze gültig getroffen werden können". Diese Bestimmung

---

[1]) Die Verpflichtung des Erben zur Ausführung der letztwilligen Auflagen des Erblassers verliert wohl allmählich im gemeinen Recht den Fidescharakter und wird nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes behandelt.

[2]) § 250.

[3]) Jahrbücher Bd. 18 S. 43.

[4]) Pandekten Bd. 2 § 17.

[5]) Pandekten § 202, 3.

[6]) Auflage, bedingte Erbeseinsetzung.

[7]) Der längere Zeit zwischen modus simplex und qualificatus gemachte Unterschied wurde wieder fallen gelassen; so daß sich hier wohl ein Eingehen auf ihn erübrigt. Cf. Saucke, die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, Rostocker Diss. 1903 S. 18, 19 mit Literaturenangaben.

[8]) Cf. Dernburg, Pandekten Bd. 3 § 84 c. am Ende, cf. ferner § 125.

[9]) Cf. Windscheid-Kipp III § 529 Anm. 2, auch II § 316 Anm. 15.

[10]) Teil 1 Titel 12 § 169.

ist zwar in der Hauptsache darauf gerichtet, die Form der Verfügungen zu erleichtern. Aber indem sie Anordnungen des Erblassers über sein Begräbnis unter gewissen Voraussetzungen für gültig erklärt, sagt sie damit, daß grundsätzlich solche Anordnungen wirksam und zu befolgen sind.

Eine Ausnahme von der Regel macht eine Anordnung, die nur ein nudum praeceptum darstellt.[1]) Wie in § 516 a. a. O. Ermahnungen zur Tugend, Sparsamkeit usw. nur Gewissensverbindlichkeiten erzeugen, so wird auch anzunehmen sein, daß eine Anordnung bezüglich des eigenen Leichnams, die den Charakter als reinen Wunsch erkennen läßt, nur eine sittliche Verpflichtung für die Erben erzeugen kann. Auch wenn der Erblasser für einen solchen Wunsch die Form der Auflage wählt, so wird dadurch der Charakter als nudum praeceptum noch nicht stets ausgeschlossen. Vielmehr muß deutlich erkennbar sein, daß der Erblasser mehr als einen Rat oder Wunsch äußern will. Soll aber nicht nur ein Wunsch geäußert werden, sondern eine zwingende Anordnung gegeben werden, so kann dies in Gestalt einer testamentarischen Erbeseinsetzung wie auch im Erbvertrage erfolgen durch Hinzufügung eines modus, einer Bedingung und durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers,

Ist der Erbe mit einer Auflage beschwert, so können die Miterben ihre Vollziehung verlangen, bei Nichterfüllung kann der Intestaterbe die Herausgabe der Erbschaft vom Testamentserben verlangen; und der Erbe, der die Kosten, welche die Ausführung der Anordnung des Erblassers verursacht, auslegt, ist berechtigt, sie der Erbmasse anzurechnen. Gegenüber dem nicht leistenden Vermächtnisnehmer hat der mit dem Legat Beschwerte eine Klage auf Rückgabe des auf das Legat sub modo Geleisteten. Soll die Verfügung gleichzeitig dem allgemeinen Besten dienen:[2]) so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage verlan-

[1]) Cf. ALR. I, 12, § 516.

[2]) Der Erblasser hat etwa bestimmt: „Mein Leichnam ist in meinem Park zu bestatten, der Zugang soll dem Publikum gestattet sein."

gen, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügung, die im öffentlichen Interesse erfolgt, in untrennbarem vom Erblasser gewollten Zusammenhange mit der Bestimmung über den eigenen Leichnam steht.[1]) So bietet das ALR. eine interessante Parallele zu § 2194 des BGB., der ähnliche Bestimmungen trifft.

Auch ein indirekter, aber sehr starker Zwang wird auf die Belasteten dadurch ausgeübt, daß sie den zugedachten Vorteil verlieren, wenn sie die Auflage nicht erfüllen.[2]) — Einen indirekten Zwang kann der Erblasser ferner dadurch ausüben, daß er das Betragen des Erben oder der Legatare, hier also etwa das pietätsvolle Umgehen mit dem Leichnam des Erblassers,[3]) der Aufsicht gewisser Personen unterwirft. Wird von diesen Personen ein dem Willen des Erblassers

[1]) Cf. ALR. I, 12 § 514: „In allen Fällen, wo der Erblasser bei Hinzufügung einer Bestimmung oder eines Zweckes die Beförderung des gemeinen Besten unmittelbar zum Augenmerke gehabt hat, ist der Staat auf ihre Erfüllung zu dringen berechtigt." Auch wenn der bei unterbleibender Erfüllung Berechtigte sich mit dem Belasteten verabredet, die Erfüllung der Anordnung zu hintertreiben, „hat der Staat das Recht, für deren Erfüllung aus der dazu bestimmten Sache oder Summe selbst zu sorgen". Cf. ALR. I, 12 § 515.

[2]) Cf. ALR. I, 12 § 509 (Allgemeine Regelung): „Auch der Endzweck, zu welchem jemandem ein Vorteil zugedacht worden, muß in der Regel von demselben erfüllt werden", ferner § 510: „Kommt der Erbe oder Legatar zu dieser Erfüllung (nämlich der Anordnung des Erblassers) durch eigenes Verschulden außerstande: so verliert er den ihm zugedachten Vorteil." (Wie bereits oben bemerkt, kann demgemäß der Intestaterbe in diesem Falle auf Herausgabe der Erbschaft gegen den im Testament eingesetzten Erben klagen. Cf. Dernburg, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts Bd. 3 § 162). Anders ist es nur, wenn die entgegengesetzte Absicht des Testators aus seiner Verfügung erhellt, oder die Erfüllung des Zweckes ohne Schuld der Erben oder Legatars unmöglich ist; dann muß zunächst der Vorteil zu einer anderen Bestimmung, welche der aus der Verordnung oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten kommt, verwandt werden. Cf. § 512 a. a. O.

[3]) Auch eine solche Anordnung bestimmt nach einer gewissen Richtung hin ein sittliches Betragen des Belasteten.

offenbar zuwiderhandelndes Betragen des Begünstigten dem Richter angezeigt und nachgewiesen, so „geht nach einer fruchtlos erfolgten gerichtlichen Warnung die Erbschaft oder das Vermächtnis verloren".[1])

Gleichwohl bietet eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam, die in die Form einer Auflage gekleidet ist, dem Erblasser nur eine beschränkte Gewähr für die Ausführung seiner Anordnungen. Denn wenn kein öffentliches Interesse vorliegt, — das wird in der Regel fehlen — können die Miterben sich dahin einigen, die Anordnung nicht zur Ausführung zu bringen. Um dieser Eventualität aus dem Wege zu gehen, empfiehlt Dernburg[2]) die Bestellung von Testamentsexekutoren. Sie sind nach § 557 Teil I Titel 12 berechtigt und verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen.

Ein starker indirekter Zwang kann vom Erblasser gegen die Erben ferner dadurch ausgeübt werden, daß er sie nur bedingt zu Erben einsetzt: und zwar entweder unter der auflösenden Bedingung, wenn sie die Verfügung nicht ausführen, sollen sie ihres Erbteils verlustig gehen; oder suspensiv bedingt, sie sollen Erben werden, wenn sie die Anordnung ausführen. Dann wird der Erbe infolge des Interesses, das er am Erwerb oder dem Nichtverlieren der Erbschaft nimmt, die Verfügungen befolgen.[3])

Dieselbe Wirkung wird auch eine solche einseitige Bestimmung in einem Erbvertrage haben.

Eine selbstverständliche Ausnahme von der Durchführbarkeit der Anordnungen des Erblassers ergibt sich, wenn die Bestimmung auf etwas Unmögliches gerichtet ist oder gegen ein gesetzliches, polizeiliches oder Sittengebot verstößt. Im einzelnen gilt folgendes: nach § 505 Teil I Titel 12 ist

---

[1]) Cf. ALR. § 517 a. a. O.

[2]) der übrigens in § 163 a. a. O. Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam nach ALR. für zulässig und wirksam hält.

[3]) Cf. ALR. I 12 §§ 478—518.

die Bedingung für erlassen zu erachten, wenn es dem Erben oder Legatar schon bei Lebzeiten des Erblassers subjektiv unmöglich ist, die Bedingung zu erfüllen, und dies dem Erblasser bekannt geworden ist. Wenn die eingetretene Unmöglichkeit dem Erblasser unbekannt geblieben ist oder erst nach seinem Tode entstanden ist, so wird die Erbeinsetzung und das Vermächtnis unwirksam.[1]) Ferner können Bedingungen, deren Erfüllung keinen Nutzen bringt, auf Antrag vom Richter erlassen werden.[2]) Während also eine Bestimmung, die auf etwas Unmögliches gerichtet ist, eine Verfügung von Todes wegen — abgesehen von dem Fall der subjektiven Unmöglichkeit des Erben oder Legatars zu Lebzeiten des Erblassers und der Kenntnis des Erblassers hiervon — unwirksam macht, gelten Bestimmungen, die gegen die Gesetze verstoßen, als nicht geschrieben.[3])

Auf eine besonders interessante Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam, die Anordnung der Feuerbestattung und ihre Beurteilung nach ALR. möchte ich noch hinweisen. Auch diese Bestimmung ist wirksam. Zwar haben die §§ 453 ff. II, 11 ALR. die Erdbestattung zur Voraussetzung. Aber aus dieser historisch zu würdigenden Tatsache auf die Unzulässigkeit der Feuerbestattung nach ALR. folgern zu wollen, wäre unrichtig. Existiert doch auch kein

---

[1]) § 506 a. a. O. Cf. dazu I 4 § 131: „Wird aber das Recht von dem Eintreffen der unmöglichen Bedingung abhängig gemacht, so wird dadurch die ganze Willenserklärung entkräftet."

[2]) Cf. I 4 §§ 134, 135.

[3]) I 12 § 63: „Was nach den Gesetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht zugefügt werden darf: das wird, wenn es in letztwilliger Verordnung einem Erben oder Legatar gleichwohl auferlegt worden, für nicht hinzugefügt angesehen." Cf. dazu I 4 §§ 6—13. § 6: „Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch eine Willenserklärung niemand verpflichtet oder berechtigt werden", § 7: „und nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen". Die folgenden Paragraphen enthalten Spezialbestimmungen. Ferner § 136: „was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann, das kann auch niemandem als eine Bedingung aufgelegt werden."

Verbot, die Bestattung durch Einäscherung der Leiche zu vollziehen.[1][2])

Auch der Code Civil, und somit das Rheinische Zivilrecht, verlangt, daß die Verfügung nicht unmöglich ist oder den Gesetzen oder guten Sitten widerstreitet. Ist dies dennoch der Fall, so gilt sie als nicht geschrieben. Das Testament wird also im übrigen aufrecht erhalten.[3]) Allerdings erkennt — wenigstens dem Wortlaut nach — das französische Recht eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam in Testamentform nicht an. Denn: „Le testament est un acte, par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer".[4]) In einem Testament können also Verfügungen nur über das Vermögen des Erblassers getroffen werden. Der Leichnam gehört aber nicht zum Vermögen. Trotzdem hat der Kassationshof in einem Urteil vom 31. März 1886[5]) eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam für rechtswirksam erklärt. Jetzt gilt in Frankreich das Gesetz vom 18. November 1887,[6]) nach dem jeder Volljährige, ja auch der mineur émancipé über die Art seiner Bestattung — ob religiöses, bürgerliches Begräbnis oder Feuerbestattung — bindende testamentarische Bestimmungen treffen darf. Für die Bestimmung ist die Testamentsform vorgeschrieben.[7])

[1]) So auch die jetzt allgemein herrschende Meinung, cf. Pinzger, Feuerbestattungsgesetz S. 6, zuerst ausführlich begründet durch das Preuß. OVG. (Bd. 52, S. 290 ff.) Zustimmend Loening, DJZ. 1908 S. 840.

[2]) Darüber, inwieweit Anordnungen über den eigenen Leichnam im einzelnen erzwingbar sind, vgl. meine Darstellung bei dem BGB.

[3]) Artikel 910.

[4]) Artikel 895.

[5]) Cf. Dalloz, Rép. Pr. 86, I p 451. (Ich konnte das Zitat nicht nachprüfen, weil mir das angegebene Werk nicht zugänglich war.)

[6]) Cf. Dalloz, Rép. Pr. 87 IV, p 101 (war mir leider auch nicht zugänglich).

[7]) Cf. Kohler, Studien aus dem Strafrecht I S. 207 fg., Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts Bd. I § 69 Anm. 1 mit Literaturnachweisen.

Der Erblasser kann zur Sicherung seiner Verfügung zur Bestellung von Testamentsvollstreckern greifen,[1]) die für die Vollziehung des Testaments Sorge zu tragen haben.[2]) Außerdem steht es ihm frei, die Erbeseinsetzung an die Bedingung zu knüpfen, daß der Erbe seine Verfügung über den Leichnam ausführt.[3]) Natürlich sind auch hier unmögliche, den guten Sitten oder Gesetzen widerstreitende Bedingungen unwirksam; sie gelten als nicht geschrieben, machen also nicht das ganze Testament nichtig.[4]) Erbverträge sind unzulässig.[5])

Nach Badischem Landrecht wird eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam dadurch am wirksamsten getroffen werden können, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker zur Durchführung der Anordnung beruft. Zunächst ist die Auflage, an die bei derartigen Bestimmungen zuerst zu denken ist, überhaupt nur bei Vermächtnissen erwähnt. Hier ist zwar allgemein bestimmt, daß die Verfügung, wenn der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis ausschlägt oder erbunfähig ist, hinfällig wird.[6]) Aber wenn das Vermächtnis belastet ist, so muß die Auflage von demjenigen befolgt werden, der einen Vorteil von dem Wegfall des Vermächtnisnehmers hat. Jedoch bleibt die Belastung nur aufrecht erhalten,[7]) wenn außer dem Erben noch jemand bei Erfüllung der Auflage beteiligt ist, also die Auflage zugunsten eines Dritten getroffen ist. Da das bei Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam nicht der Fall ist, so ist die Auflage dann hinfällig, wenn der Vermächtnisnehmer ausschlägt. Wenn nun bei Erbeseinsetzungen eine Auflage überhaupt nicht erwähnt wird, so darf daraus doch wohl nicht geschlossen werden, daß sie

[1]) Cf. Art. 1025.

[2]) Cf. Artikel 1031 III.

[3]) Cf. Artikel 1168 fg.

[4]) Art. 900.

[5]) Cf. Art. 791, 1130, 1600, abgesehen von einigen Ausnahmen cf. Art. 1075, 1082, 1084, 1093.

[6]) Cf. Buch 3 Titel 2, 1043.

[7]) Cf. 1043 a. a. O.

bei ihnen unzulässig ist; eher wird per argumentum e contrario zu folgern sein, daß zu ungunsten eines Testamentserben jede Auflage aufrecht erhalten bleibt. Ueber die Durchführung der Anordnungen des Erblassers enthält das Badische Landrecht nichts, das etwa in Parallele mit § 2194 BGB. gesetzt werden könnte.

Praktisch wird daher eine solche Anordnung durch Testamentsvollstrecker gesichert worden sein. Jedenfalls wird man aus 1002 I[1]) nicht folgern dürfen, daß jede nichtvermögensrechtliche Bestimmung des Erblassers unwirksam ist, sondern wird wie im Code Civil mit Hilfe einer extensiven Interpretation auch für anders geartete Anordnungen des Erblassers Verbindlichkeit annehmen können. Der Erblasser kann einen oder mehrere Treuhänder zur Vollziehung seines letzten Willens ernennen.[2]) Sie sorgen[3]) für die Vollziehung des letzten Willens „in allen Teilen" und können in einem Rechtsstreit, der über dessen Vollziehung entsteht, als Beikläger auftreten, um dessen Gültigkeit zu verfechten. Besonders stark wird die Stellung der Testamentsvollstrecker sein, wenn sie den Besitz der fahrenden Habe des Erblassers eingeräumt erhalten haben.[4]) Da im Badischen Landrecht ganz deutlich zum Ausdruck gekommen ist, daß die Testamentsvollstrecker in allen Teilen den letzten Willen des Erblassers zur Vollstreckung bringen sollen, so wird man ihnen wohl auch das Recht zusprechen müssen, Verfügungen des Erblassers über den eigenen Leichnam zu vollführen. — Dem Erblasser steht außerdem die Möglichkeit der bedingten Erbeseinsetzung offen. Die Verfügung muß nur in der gehörigen Form errichtet sein,[5]) und die Bedingung darf nicht gegen die guten Sitten oder die Gesetze verstoßen.[6])

---

[1]) „Letztwillige Verordnungen geben entweder ein Erbvermögen oder einen Erbteil oder ein Erbstück."

[2]) Cf. Buch 3, Titel 2 Abschnitt 7, 1025.

[3]) 1031 IV a. a. O.

[4]) Cf. 1026.

[5]) Cf. 970 fg.

[6]) Cf. 1172.

Wie nach den bisher erwähnten Rechten, genügt auch im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 ein bloßer Wunsch des Verstorbenen nicht, um die Erben zur Vollziehung der Auflage zu verpflichten[1]). Soll die Anordnung des Erblassers die Erben verpflichten, so kann eine solche Bindung durch den „Auftrag" erfolgen. Dieser ist als eine auflösende Bedingung anzusehen,[2]) so daß nach Oesterreichischem BGB. eine bedingte Erbeseinsetzung zur Sicherung der Durchführung der Auflage nicht erforderlich ist. Unverschuldete Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrages durch die Erben oder Vermächtnisnehmer führt nicht zum Verlust der Zuwendung.[3]) Selbstverständlich findet sich auch hier die Kautel, daß die Anordnung unmöglicher oder unerlaubter Handlungen ungültig ist.[4]) Ferner kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen, der die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen hat oder den saumseligen Erben zur Vollziehung anhalten muß.[5]) Wenn kein Testamentsvollstrecker ernannt ist, liegt es dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblassers zu erfüllen. Er muß sich dem Gerichte gegenüber deswegen ausweisen.[6]) Auch wenn die Erben übereinkommen, die Anordnung des Erblassers nicht zu befolgen, müssen die Bestimmungen des Erblassers ausgeführt werden. Denn solche Uebereinkommen können nicht genehmigt werden.[7]) Außerdem kann der Erblasser jemand unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß er seine Anordnungen ausführt.[8])

Wie die übrigen bisher angeführten Gesetze, enthält auch das Sächsische BGB. von 1863 keine positiven Vor-

[1]) Cf. § 711.
[2]) Cf. § 709.
[3]) Cf. § 710.
[4]) Cf. § 712.
[5]) Cf. § 816.
[6]) Cf. § 817.
[7]) Cf. die Entscheidungen vom 3. Mai 1854 Z. 4497, G. Z. 1854: 82; vom 30. April 1852 Z. 41,49 G. Z. 1853: 140 (waren mir nicht zugänglich).
[8]) Cf. §§ 695, 696, 699.

schriften darüber, wie Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams behandelt werden. Es ist aber auch hier wohl anzunehmen, daß sie der Erblasser in der Form der Auflage treffen kann. Wenn jedoch an der Erfüllung einer Auflage niemand ein Interesse hat, so hat sie keine verbindende Kraft.[1]) Liegt aber ein Interesse von Dritten an der Erfüllung der Auflage vor, so ist nach § 2152 jeder Dritte berechtigt, von dem Bedachten Erfüllung zu verlangen; er kann ihm auch eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung setzen; ist die Frist verstrichen, oder erfüllt der Bedachte absichtlich oder doch sonst schuldhaft nicht, so ist der Bedachte zur Rückerstattung des Erhaltenen, wie bei einer Nichtschuld, verpflichtet.[2]) Verstößt die Verfügung gegen das Gesetz oder die guten Sitten oder ist sie unmöglich, so wird sie als nicht beigefügt betrachtet.[3]) Um Zweifeln bezüglich der Durchführung der Auflage aus dem Wege zu gehen, kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dieser ist berechtigt, auch auf Erfüllung solcher Verfügungen zu klagen, bei denen es sich nur um das persönliche Interesse des Erblassers handelt, also m. E. wohl auch auf Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam, an der der Erblasser eine sehr große Anteilnahme haben kann und meistens hat. Ferner kann der Erblasser auch hier den Erben unter der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung einsetzen, daß er das Erbe nur erhalten soll, wenn er in der von ihm gewünschten Weise mit seinem Leichnam verfährt, oder daß er es wieder verlieren soll, wenn er mit ihm nicht so verfährt, wie der Erblasser es bestimmt hat.[4])

Bei einer der neuesten Kodifikationen des Privatrechts, dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, werden dieselben grundsätzlichen Fragen wie beim

---

[1]) Cf. § 2153.

[2]) Soweit er nicht als Pflichtteilsberechtigter befugt ist, das Erhaltene auf seinen Pflichtteil frei zu erhalten.

[3]) Cf. § 2154.

[4]) Cf. §§ 2122, 2123.

BGB. zu beantworten sein. Bezüglich dieser Ausführungen verweise ich daher auf die nachstehenden Erörterungen, möchte aber gleich hier bemerken, daß ein Fall der Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam, nämlich die Anordnung der Feuerbestattung, in der Schweizer juristischen Literatur bereits als wirksam anerkannt wird.[1]) Ferner wird hier auch bereits die Ansicht vertreten,[2]) daß Anordnungen des Erblassers, an denen niemand sonst ein Interesse hat, vom Testamentsvollstrecker ausgeführt werden müssen.

Die in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften sind folgende: nach Art. 481 kann zwar der Erblasser im allgemeinen nur über sein Vermögen verfügen, aber Art. 482 gibt ihm die Möglichkeit, seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen hinzuzufügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat. Auch hier findet sich[3]) die Kautel, daß unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen die Verfügungen ungültig machen, während sie als nicht vorhanden betrachtet werden, wenn sie lediglich für andere Personen lästig oder unsinnig sind. Als Verfügungsform ist nach Art. 498 zulässig eine Verfügung mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder durch mündliche Erklärung. Auch ein Erbvertrag, der nach Art. 512 geschlossen ist,[4]) wird eine Anordnung des Erblassers über seinen Leichnam enthalten können. Um die Durchführung seiner Anordnungen zu sichern, kann der Erblasser Testamentsvollstrecker ernennen.[5]) Sie haben[6]) den Willen des Erblassers zu vertreten; man wird ihnen also wohl auch die Befugnis zusprechen müssen, Anordnungen des Erblassers über seinen eigenen Leichnam zur Ausführung zu verhelfen oder sie selbst auszuführen.

---

[1]) Cf. Eschers Kommentar Art. 482, 1.
[2]) Derselbe Art. 518, 3.
[3]) In Absatz 2.
[4]) Cf. Art. 499—504.
[5]) Nach Art. 517, I.
[6]) Gemäß Art. 518 II.

Im Gebiete des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, dessen Stellung zu Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams meine Hauptarbeit gilt, ist die Frage, wie eine solche Anordnung des Erblassers rechtlich zu beurteilen ist, mehrfach in der Literatnr erörtert worden. Insbesondere ist die Zulässigkeit oder doch die Erzwingbarkeit einer Verfügung des Erblassers, in der er die Verbrennung seines Leichnams anordnet, bezweifelt worden.

Von besonderem Interesse ist eine Reichsgerichtsentscheidung,[1]) die einen Teil der Fragen, die für letztwillige Verfügungen über den eigenen Leichnam in Betracht kommen, behandelt. Der Beurteilung des hohen Gerichts lag folgender Tatbestand zugrunde: Der verstorbene Kaufmann Julius C. hat ein notarielles Testament vom 10. Februar 1909 hinterlassen, worin über das erhebliche Vermögen verfügt ist, auch Testamentsvollstrecker bestellt sind. Außer diesem Testament fand sich im Nachlaß noch ein eigenhändiges Testament vom 15. Februar 1909, das unter anderm folgende Bestimmungen enthielt: „Die Sorge um meine Verbrennung resp. Beisetzung meiner Asche in dem zu bauen beabsichtigten Tumulus in O. ist allein Sache von Fräulein R., der von Seiten der Testamentsvollstrecker die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen sind. Sollte ich den Bau des beabsichtigten Tumulus begonnen oder beantragt haben, so ist derselbe durchzuführen. Eventuell provisorische Beisetzung." Die Leiche ist in einem von der Klägerin Fräulein R. auf ihren Namen erworbenen Grabe auf dem O.'er Friedhof beerdigt. Um die Leichenverbrennung durchzuführen und die Asche an einer andern Stelle des Friedhofs beisetzen zu lassen, beantragte die Klägerin im Frühjahr 1910 bei der Friedhofsverwaltung, ihr die Leiche zwecks Umlegung in ein anderes Grab herauszugeben. Die Friedhofsdeputation erteilte den Bescheid, daß die Um-

[1]) Entscheidung des 4. Zivilsenats vom 7. März 1912, inhaltlich übereinstimmend sowohl in der Juristischen Wochenschrift Nr. 10, Jahrgang 1912 S. 540, 41, wie in dem Beilageheft der Gruchotschen Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 56. Jahrgang 1912 S. 1007 ff. enthalten.

legung der Leiche nicht zugelassen werde, solange nicht der Widerspruch, den die Witwe C., die Beklagte, eingelegt habe, zurückgezogen sei. Darauf erhob die Klägerin Klage auf Feststellung, daß dieser Widerspruch unberechtigt sei. Die Beklagte erhob Widerklage auf Verurteilung der Klägerin einzuwilligen, daß die Leiche aus dem Grabe genommen und in ein von ihr, der Beklagten, zu erwerbendes, auf den Namen von Julius C. Witwe und Kinder zu schreibendes Grab umgelegt werde. — Das Landgericht erkannte unter Abweisung der Widerklage nach dem Antrag der Klägerin. Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Die Beklagte hat Revision eingelegt.

Der 4. Zivilsenat des Reichsgerichts führt zunächst aus, daß es sich um einen Rechtsstreit privatrechtlicher Natur handle, da die Klägerin wie die Widerklägerin ihre Ansprüche auf Bestimmungen des BGB. stützten. Das Berufungsgericht stehe auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich jeder Mensch berechtigt sei, selbst über seinen Körper zu bestimmen. Seine Verfügung ginge den Wünschen der Angehörigen vor. Zu prüfen sei allerdings, ob eine Anordnung mit den guten Sitten unvereinbar und deshalb nichtig sei. Die Revision habe geltend gemacht, die Angehörigen hätten ein persönliches Recht, über den Leichnam des Verstorbenen zu verfügen. Dieses Recht beruhe auf Normen des Familienrechts und könne vom Erblasser durch letztwillige Anordnung nicht ausgeschaltet werden. Das Reichsgericht lehnt die Ansicht der Revision ab. Gewahrsam an Leichen sei rechtlich anerkannt und geschützt (§ 168 StGB.); aber an einer beerdigten Leiche stehe der Gewahrsam nicht den Angehörigen, sondern dem zu, der die Verfügung über das Grundstück hätte, in dem die Leiche beerdigt sei. Ob ein Leichnam verkehrsfähig sei, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls hätten die Angehörigen weder dingliche noch persönliche Verfügungsrechte über den Leichnam eines Angehörigen. Auch die Frage, ob dem Erben, der ja die Kosten für die Beerdigung nach § 1968 zu tragen habe, ein solches Verfügungsrecht zusteht, läßt das Reichsgericht unentschieden. Hier habe der Erblasser selbst Bestimmung

über die Art der Bestattung seines Körpers getroffen, und seine Anordnungen seien in erster Linie maßgebend. Das Bürgerliche Gesetzbuch gehe von der Zulässigkeit solcher Anordnungen aus. Im Entwurf des BGB. habe sich gemäß einem Kommissionsbeschluß für die zweite Lesung eine Bestimmung gefunden, nach der für die Anordnungen des Erblassers über sein Begräbnis die Form des eigenhändigen Testaments zugelassen werden sollte. Nur weil später das eigenhändige Testament als ordentliche Testamentsform angenommen worden sei (R.T.Komm.B. 2105), sei diese Bestimmung der Reichstagsvorlage gestrichen worden. Da die Anordnung des Erblassers formgerecht erfolgt sei, könne die Klägerin Ersatz ihrer Aufwendungen von den Testamentsvollstreckern verlangen.

Während das Berufungsgericht bezüglich der Beauftragung der Klägerin mit der Bestattung eine Auflage annimmt, will ihr das Reichsgericht die Stellung eines Testamentsvollstreckers zuweisen. Jede der beiden Annahmen führe zu dem Ergebnis, daß die Beklagte der Klägerin keine Hindernisse in den Weg legen dürfe.

So sympathisch das Endergebnis des Reichsgerichts uns hier auch dadurch berühren mag, daß der Wille des Erblassers durchgesetzt wird, der favor testamenti gewahrt wird, so muß doch eine Reihe der Gründe, die zu diesem Ergebnis führen, befremden. Eigenartig ist zunächst die Ablehnung jeglichen Verfügungsrechts der Hinterbliebenen über den Leichnam des Verstorbenen, da ein solches Recht praktisch in den meisten Fällen ausgeübt und anerkannt wird. Mit Kipp[1]) halte ich ferner die Bezugnahme des Reichsgerichts auf die Streichung des § 2225 für ein unsicheres Argument, da die Reichweite der Anordnungen über das Begräbnis nicht ersichtlich gewesen ist. Und schließlich scheint der 4. Zivilsenat der Ansicht zu sein, daß derjenige die Verfügung über

---

[1]) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff, Erbrecht S. 353, Anm. 1 (§ 113 I, 1). (Zweite Bearbeitung 1913).

den Leichnam habe, dem die Verfügung über das Grundstück zusteht, in dem die Leiche ruht. Viel näher liegt doch wohl die Annahme eines Verfügungsrechts der Hinterbliebenen über den Leichnam des Verstorbenen.[1]) Im einzelnen wird auf die hier berührten Punkte später im Zusammenhange eingegangen. Mir lag zunächst nur daran, an einem praktischen Beispiel einen Komplex der Fragen, die hier erörtert werden sollen, herauszuheben und die praktische Bedeutung einer Arbeit, die sich mit Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams beschäftigt, aufzuzeigen.

Der Zusammenhang, in dem derartige letztwillige Verfügungen nunmehr hier behandelt werden sollen, ergibt sich von selbst aus den Instituten, die das Bürgerliche Gesetzbuch für solche Bestimmungen des Erblassers kennt. Aber ohne zunächst auf die prinzipielle Frage, ob und inwieweit derartige Anordnungen des Erblassers rechtswirksam sind, einzugehen, kann man a priori sagen, daß bei Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams einige Voraussetzungen formaler und inhaltlicher Natur von vornherein vorliegen müssen, damit solche Bestimmungen des Erblassers überhaupt einen Anspruch auf Beachtung erheben können.

Was die formale Voraussetzung anbelangt, so muß die Verfügung im Rahmen der vom Bürgerlichen Gesetzbuch für erbrechtliche Bestimmungen geschaffenen Institute, Testament[2]) und Erbvertrag,[3]) getroffen werden.[4]) Sowohl im Testament, wie im Erbvertrag kommt neben bedingter Erbeseinsetzung eine Erbeseinsetzung oder ein Vermächtnis[5]) mit einer Auflage[6]) in Betracht. Andere Arten der Verfügungen von Todes wegen als das Testament und den

---

[1]) Cf. Kipp a. a. O. und Erbrecht S. 2 II.
[2]) § 1937.
[3]) § 1941.
[4]) Im einzelnen vgl. bezüglich dieser Institute weiter unten.
[5]) § 1939.
[6]) § 1940.

Erbvertrag kennt das BGB. nicht.[1]) Mit Recht bemerkt

[1]) Insofern ist es richtig, wenn von Blume a. a. O. S. 403 meint, das Gesetz kenne selbständige Verfügungen über den eigenen Leichnam nicht. M. E. ist jede Anordnung hinsichtlich des eigenen Leichnams, die nicht in die Form der bedingten Einsetzung gekleidet ist, eine Auflage. Wie von Blume zutreffend ausführt, schließt die Eigenart des Rechts am Leichnam andere erbrechtliche Verfügungen über ihn völlig aus (S. 402).

Im Gegensatz zu von Blume nehme ich dagegen an, daß der Lebende über das Persönlichkeitsrecht an seinem Körper testamentarisch bestimmen kann. Zwar gehört dieses Recht nicht zum Nachlaß, es ist aber m. E. analog zu behandeln. Hieraus ergibt sich gleichwohl nicht die Existenz einer gegenüber der Auflage selbständigen Kategorie von Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams, wie sie das Reichsgericht in der vorerwähnten Entscheidung anzunehmen scheint. Vielmehr ist jede derartige Verfügung von Todes wegen eine Auflage, da eine anders geartete, insbesondere etwa analog sachenrechtlichen Bestimmungen zu denkende Verfügung über den Leichnam nicht möglich ist. Trotzdem — obwohl der Leichnam nicht Nachlaßgegenstand ist — kann, wie später näher ausgeführt werden wird, ein Testamentsvollstrecker zur Durchführung der Auflage mit Erfolg bestellt werden.

Auch die Grundanschauung von Blumes, von der er ausgeht, kann nicht unwidersprochen bleiben. Er meint: „Nur der Lebende hat Recht, der Tote hat kein Interesse mehr". Gerade das ist ja der Sinn des Testaments und des Erbvertrags, daß der Lebende auch noch über die Zeit seines Lebens hinaus seine Angelegenheiten, insbesondere die Verteilung seines Vermögens, ordnen kann.

In engem Zusammenhange hiermit steht es, wenn von Blume bei der Angabe der Interessen, die das Totenbestattungsrecht zu verfolgen habe (S. 373), wohl den Schutz der Lebenden gegenüber der Verletzung durch pietätlose Leichenbehandlung erwähnt, aber das Interesse, das der Lebende daran hat, daß seine Anordnungen hinsichtlich des eigenen Leichnams, soweit sie sich innerhalb der Rechtsschranken halten, ausgeführt werden, gänzlich außer Acht läßt. Auch hieran kann aber m. E. ein sehr erhebliches und berechtigtes Interesse des Lebenden bestehen.

Ich glaube auch, daß es nicht folgerichtig ist, wenn man auf dem grundsätzlichen Standpunkt von Blumes steht, Auflagen, die eine Anordnung über den eigenen Leichnam zum Inhalt haben, zuzulassen. Denn auch eine Auflage ist eine Verfügung von Todes wegen; auch hier würde also die Erwägung, daß der Tote kein

daher Hilfe[1]) in Rücksicht auf § 125 BGB., daß bei Wahl einer anderen Form die Anordnung unwirksam ist. So ist hier ein bemerkenswerter Gegensatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Allgemeinen Landrecht festzustellen.[2]) Denn in diesem Gesetzbuch werden Bestimmungen des Erblassers über sein Begräbnis in einem „außergerichtlichen Aufsatze" für genügend erklärt.

Inhaltlich darf die Verfügung, um nicht der Unwirksamkeit zu verfallen, weder gegen ein Verbotsgesetz noch gegen die guten Sitten verstoßen.[3]) [4]) Z. B. ist eine An-

---

Recht mehr habe, zutreffen. Man müßte denn der Auflage eine exzeptionelle Stellung innerhalb des Erbrechts einräumen wollen, wozu, wie später ausgeführt werden wird, keine Veranlassung vorliegt.

[1]) Archiv für Bürgerliches Recht 1905 S. 361 fg. Hilse, der hier die testamentische Anordnung der Feuerbestattung bespricht, führt aus: da für die einseitige Anordnung einer Verbrennung nur die Anordnung von Todes wegen in Betracht käme, eine einseitige Verfügung von Todes wegen aber rechtswirksam nur in der Form eines Testaments errichtet werden könne, so sei das Testament die einzige zulässige Form für die Anordnung einer Feuerbestattung. Dies folge ja auch daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmung des § 169 I 12 ALR., in dem für Anordnungen über das Begräbnis ein außergerichtlicher Schriftsatz für genügend erklärt wurde, nicht übernommen habe. Jede andere Erklärungsform mache die Willenserklärung als ein Rechtsgeschäft, das der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangele, nichtig. § 125 BGB.

[2]) Cf. S. 26 meiner Arbeit.

[3]) Cf. § 2192 in Verbindung mit § 2171 (§ 134), 138 Abs. I BGB. Wie § 134 die Möglichkeit offen hält, daß ein Rechtsgeschäft trotz Verstoßes gegen ein gesetzliches Gebot aufrecht erhalten wird: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", so wird auch § 2171 entsprechend zu interpretieren sein. Vgl. auch noch darüber hinausgehend den in § 2171 zitierten § 308. Cf. Herzfelder bei Staudinger, Erbrecht § 1940, 2, Rüger, Sächsisches Archiv Bd. 9, S. 449; er und die gem. Meinung halten § 2171, für direkt anwendbar, nur nach Leonhard ist § 2171, da die Auflage keine letztwillige Zuwendung sei, nicht direkt, aber immerhin analog anwendbar. Cf. Erbrecht § 2192 III.

[4]) Der Hinweis des Gesetzes auf die „guten Sitten" bedeutet, daß die Grundsätze „des richtigen Rechtes" anzuwenden sind. Cf.

Stammler a. a. O. S. 390. Wie Stammler des näheren nachweist, handelt es sich nicht um eine Frage der Moral, die stets nur auf die gute „Gesinnung" der Menschen achtet, sondern um eine Frage des Rechtes, da es dem Rechte darauf ankommt, „das äußere Verhalten der Rechtsgenossen richtig zu bestimmen." Maßgebend dafür, „was richtiges Recht" ist, sind nicht die „in einer Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen," da solche Anschauungen in übereinstimmender Gestalt weder existieren, noch, wenn sie existierten, zum Maßstabe dessen genommen werden dürften, „was in Wahrheit dem richtigen Inhalte eines Rechts entspricht." Cf. Stammler a. a. O. S. 154 fg. S. 146—49, S. 44 fg. Auch die Wendung: die „anständig und gerecht denkenden Menschen seien die oberste Instanz für die Beantwortung der Frage, welcher rechtliche Inhalt im bestimmten Falle richtig sei, ist unbefriedigend, da sie im Zirkel doch wieder auf die Frage zurückführt, was richtig ist. Cf. Stammler a. a. O. S. 45. Andererseits kann das Recht mit dem Hinweis auf die „guten Sitten" auch nicht auf feststehende konventionale Bräuche Bezug genommen haben, da einer besseren Einsicht des Richtigen die Tür nicht verschlossen werden darf.

Vielmehr sind, wenn das Gesetz auf „die guten Sitten" verweist, die Grundsätze des „richtigen Rechtes" zur Anwendung zu bringen. Da jede rechtliche Erwägung sowohl den Standpunkt des einzelnen Rechtsgenossen wie den der Rechtsgemeinschaft betrachten kann, ergibt sich eine Zweiteilung richtiger Rechtsgrundsätze: in die „des Achtens" und „des Teilnehmens". Bei jedem von ihnen kann es sich wiederum um das „Bestehen" und um das „Ausführen" von Rechtsverhältnissen handeln. Cf. Stammler a. a. O. S. 204 fg.

Die Grundsätze des Achtens sind:

1) Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines anderen anheim fallen.
2) Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.

Die Grundsätze des Teilnehmens sind:

1) Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein.
2) Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.

Die hier angeführten Normen sind nicht solche inhaltlicher, sondern formaler Natur. Sie sind grundlegende Methoden für das Richten und Bestimmen des gesetzten Rechtes, und nicht selbst wieder bedingte Normen des letzteren. Cf. Stammler a. a. O. S. 212.

Im einzelnen Streitfall sind die Streitenden in einer gedachten Sondergemeinschaft als dem Vorbilde des richtigen Rechtes zu vereinigen und nunmehr die Grundsätze des richtigen Rechtes zur Anwendung zu bringen.

Ein praktisches Beispiel:

Der Erblasser hat seinen Sohn X. zum Erben eingesetzt und ihn mit der Auflage beschwert, seinen Leichnam zu verbrennen und die Aschenreste in das Meer zu streuen. (Cf. die auf S. 12 erwähnte l. 27. pr. D. 28,7; nur gebe ich hier keine bedingte Erbeseinsetzung, sondern eine Einsetzung unter einer Auflage, da die unsittlichen Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen nach BGB. anders behandelt werden, als nach römischem Recht. Während sie nach römischen Recht unter Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung zu streichen sind, fällt diese nach BGB. hin. Dagegen hat die Unwirksamkeit einer Auflage die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung im Zweifel nicht zur Folge. § 2195. Um die Parallelität der Fälle zu wahren, ist daher hier anstelle der bedingten Einsetzung die Auflage zu wählen.) X. läßt die Auflage unerfüllt. Quaestio: kann er (von einem der sogenannten Auflageberechtigten) zur Erfüllung der Auflage angehalten werden? Das hier aufgeworbene Problem mag an dieser Stelle nur nach der Richtung hin behandelt werden, ob der Inhalt einer solchen Auflage mit den „guten Sitten" unvereinbar ist. (Ueber die übrigen Zweifelfragen vgl. die Diss.) Nach den früheren Erörterungen bedeutet der Hinweis des Gesetzes auf die Norm der „guten Sitten" eine Aufforderung, die Grundsätze des „richtigen Rechtes zur Anwendung zu bringen." Man denke sich demgemäß den klagenden Auflageberechtigten als Vertreter der Willensäußerung des Erblassers und den beschwerten Erben in einer Sondergemeinschaft vereinigt.

Zunächst ist festzustellen, daß hier diejenigen rechtlichen Erwägungen in Betracht kommen, die sich auf das Bestehen von Rechtsverhältnissen beziehen, da es fraglich ist, ob die ganze Auflage wegen des Verstoßes gegen die richtigen Rechtsgrundsätze unzulässig ist. Ferner ist von diesen Grundsätzen wiederum der des Achtens anzuwenden, da es sich um die „Anforderung eines gewissen Handelns seitens des rechtlich Gebundenen" dreht. Das Ergebnis ist, daß der Grundsatz: „Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines anderen anheim fallen" zur Lösung der hier erörterten Frage zu verwerten ist. „Willkür" ist nun natürlich nicht nur dann gegeben, wenn der durch sie Berechtigte nach Belieben verfahren kann, sondern auch wenn diesem eine bestimmte Berechtigung, die mit einer Verpflichtung verbunden sein mag (wie hier), verliehen ist, diese aber ihrem Inhalte nach mit den Grund-

ordnung, die lautet: „Meine Leiche soll zur Fütterung von wilden Tieren im Zoologischen Garten zu X. verwandt werden,"

---

sätzen des richtigen Rechtes unvereinbar ist. Das hier aufgeworfene Problem ist demnach auf die Frage zurückgeführt, ob es eine unzulässige Verfügungsmacht bedeutet, die Aschenreste eines anderen in das Meer zu streuen.

Auszugehen ist davon, daß der Leichnam nicht Gegenstand des Verkehrs ist, wie später zu erweisen sein wird. (Dieses Vorgreifen ließ sich hier nicht vermeiden.) Ferner: der Leichnam muß grundsätzlich bestattet werden. (Ausnahme: Ueberlassung an die Anatomie: auch hier aber grundsätzlich Bestattung der Ueberreste: anders nur, wenn der verfolgte wissenschaftliche Zweck sämtliche Leichenteile benötigt.) Und die Art der Bestattung muß stets mit Rücksicht darauf erfolgen, daß es sich um menschliche Reste handelt. Das Werk der völligen Zerstörung durch die Naturgewalten soll möglichst der Würde des Menschen entsprechend vor sich gehen.

Nun mag man vielleicht sagen: nachdem der Leichnam einmal verbrannt ist, findet sich ein wenn auch entseeltes, so doch leibhaftiges Bild des menschlichen Wesens gar nicht mehr vor. Die unmittelbare Empfindung an das frühere Menschsein fällt weg. Daher verringert sich die Rücksichtnahme gegen die verbrannten menschlichen Ueberreste auf ein Nichts. — Demgegenüber wird man zunächst festzustellen haben, daß eine gedankenmäßige Verbindung mit dem früheren Menschen gleichwohl auch jetzt noch besteht; ich glaube sogar noch eine gefühlsmäßige. M. E. liegt das Unzulässige der in dem uns interessierenden Falle eingeräumten Verfügungsmacht darin, daß die Aschenreste in das Meer gestreut werden sollen (in dem Beispiel Modestins in dem abicere). Eine solche Verfügung über die Leichenreste widerspricht m. E. dem Wesen wie der Bestimmung des Leichnams, als dem Rückstande einer Persönlichkeit, deren Menschenwürde zu wahren ist.

Dagegen würde m. E. die Anordnung der Verbrennung, der Beisetzung der Aschenreste in einer Urne und deren Versenkung in das Meer keine unzulässige Verfügungsmacht verleihen. Hier liegt kein Akt der „Willkür" eines anderen mehr vor. Weder das Wesen noch die Bestimmung des Leichnams widersprechen dem Wunsche, seinen Leichnam erst dem Feuer zur reinsten Zerstörung und dann dem Meere zur völligen Tilgung zu überantworten. Im Gegenteil, es ist ein Gedanke, der Würde des freien Menschen und des Rückstandes seiner Persönlichkeit angemessen, sich das große gewaltige Meer zur letzten Ruhestätte auszusuchen, wie einen unendlichen Sarg, in dem die Reste unserer Existenz völlig aufgehen werden.

nichtig.[1]) Da im Sinne des BGB. jede Rechtsnorm ein Gesetz ist,[2]) so darf die Bestimmung auch nicht einer Polizeiverordnung widerstreiten, sodaß der Kreis der nach §§ 2192, 2171 (134) nichtigen Verfügungen recht groß ist. Ferner sind unverständliche oder widersinnige Anordnungen unwirksam,[3]) da hier ein erkennbarer Wille des Erblassers fehlt.[4])

Auch eine Auflage, die auf eine zur Zeit des Erbfalls objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, erzeugt keine Verbindlichkeit.[5])

Bei nur subjektiver Unmöglichkeit zu diesem Zeitpunkt ist entgegengesetzt zu entscheiden.[6]) Nachträgliche zu vertre-

[1]) Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper" in der Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für Schirmer S. 93 führt ferner Verfügungen an, nach denen der Leichnam als Köder zum Fang von Krebsen oder zur Jagd auf Raubvögel — die letztere Verfügung ein in der lex Baiuvariorum erwähnter Fall — verwandt werden soll. Gareis geht davon aus, daß alle diejenigen Verfügungen ungültig seien, die „für den Todesfall ignorieren, daß das Recht des Menschen an seinem Körper kein Sachenrecht, sondern ein Persönlichkeitsrecht ist, und ferner nicht beachten, daß demnach immer die sittliche Rücksicht auf die Person, auf die Würde des freien, zu idealen Zwecken bestimmten Menschen genommen werden muß." Zu weit geht Gareis wohl, wenn er meint: „Man kann rechtlich niemandem zumuten, daß er eine Handlung vornehme, welche seinem sittlichen Empfinden widerstrebt", und dann exemplifikatorisch ausführt, die alleinstehende Tochter könne die herkömmliche Beerdigung vornehmen lassen, obwohl der Vater die Auslieferung an ein anatomisches Institut verfügt hat. Maßgebend ist m. E., ob die Verfügung einen objektiv unsittlichen Inhalt hat. Cf. S. 61 meiner Arbeit. — Dagegen ist Gareis zuzustimmen, wenn er jede Verfügung über den Leichnam, die gewinnsüchtigen Motiven entspringt (z. B. entgeltliche Veräußerung an ein anatomisches Institut), als nichtig, da gegen die guten Sitten verstoßend, bezeichnet. Cf. S. 93, 94 bei Gareis a. a. O.

[2]) Art. 2 des EG. BGB.

[3]) Z. B. „Ich will in X. und in Y. bestattet werden."

[4]) Das BGB. hat hierauf nicht ausdrücklich hingewiesen.

[5]) Cf. § 2192 in Verbindung mit § 2171, cf. Herzfelder bei Staudinger § 1940,2. Cf. aber § 308 BGB.

[6]) Per argumentum e contrario wegen Mangel an Bestimmungen. Cf. Feigel a. a. O. S. 36. Im Einzelfall sind die §§ 139 und 308 zu berücksichtigen.

tende Unmöglichkeit führt zum Verlust der Zuwendung insoweit, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.[1])

Nachdem so kurz ausgeführt worden ist, welchen Voraussetzungen letztwillige Verfügungen überhaupt entsprechen müssen, um nicht von vornherein als unwirksam bezeichnet zu werden, sind nunmehr die verschiedenen Formen, in denen letztwillige Verfügungen über den eigenen Leichnam angeordnet werden können, zu erörtern; insbesondere ist ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen.

Zunächst mögen die testamentarischen Anordnungen bezüglich des eigenen Leichnams untersucht werden.

Groß wird die Zahl der Verfügungen sein, die deshalb rechtlich unwirksam sind, weil sie die Erben nicht verpflichten, die sogenannten nuda praecepta. Aus der Fassung des § 1940[2]) ergibt sich nämlich, daß ein reiner Wunsch, ein Rat, eine Bitte oder etwas derartiges nicht genügt, um die verpflichtende Wirkung der Auflage zu erzeugen. So ist es in früheren Rechten gewesen,[3]) so ist es auch heute. Der Unwirksamkeit solcher nuda praecepta liegt die berechtigte Anschauung zugrunde, daß der Erblasser seine Anordnungen deutlich als verpflichtend charakterisieren muß, wenn er will, daß ihre Befolgung dem Rechtszwange unterliege. Ueber diesen Punkt herrscht in der Literatur vollkommene Uebereinstimmung.[4]) Als Beispiel für solche nichtverpflichtende Anordnungen möge folgende letztwillige Aeußerung angeführt werden: „Ich rate euch, mich in X. zu bestatten."

---

[1]) Cf. § 2196 I BGB. Cf. näher Kipp bei Windscheid III S. 721, Saucke: Die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, Rostocker Diss. 1903 § 14, S. 61 fg.

[2]) „der Erblasser kann . . . zu einer Leistung verpflichten . . ."

[3]) Cf. namentlich das Röm. R. und das preußische ALR.

[4]) Cf. hier z. B. die Ausführungen von Sandheim in Nr. 2 des Jahrganges 1905 der Zeitschrift „Das Recht" S. 43. und Hilse a. a. O., die, so sehr sie sonst in ihrem Urteil über die Anordnung der Feuerbestattung auseinander gehen, in diesem Punkte übereinstimmen.

Den Uebergang zur Auflage werden etwa folgende Anordnungen bilden: „Ich bitte euch, meinen Leichnam in Gotha zu verbrennen" oder „Ich wünsche, daß nach meinem Tode eine Locke von meinem Haupte abgetrennt und meinem lieben Freunde X. zur Erinnerung an mich übergeben werde." — Diese Beispiele werden bereits als verpflichtende Bestimmungen des Erblassers anzusehen sein, da ein solches „Ich bitte" oder „Ich wünsche" wohl meist nur als Bescheidenheitsfloskel gewertet werden muß, während dem Erblasser der Gedanke, die Erben nicht rechtlich verpflichten zu wollen, vollständig fernliegt. Im Einzelfall ist es Aufgabe der Interpretation des betreffenden Testamentes, festzustellen, ob und inwieweit ein Wunsch oder eine Bitte von dem Rahmen der nuda praecepta bereits nicht mehr umschlossen wird, ob insbesondere etwa durch den Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen des Testaments (oder Erbvertrages) die Auffassung geboten erscheint, daß es sich bereits um einen Modus handle.

Eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam, die formgerecht erfolgt ist und nicht gegen die §§ 134 und 138 BGB. verstößt,[1]) kann den Inhalt einer Auflage bilden.[2])

Dem steht zunächst nicht entgegen, daß eine solche Verfügung einem Dritten nicht einen Vermögensvorteil verschafft.[3]) Eine solche Vermögensbegünstigung ist heute nach BGB. unzweifelhaft nicht mehr erforderlich, da § 1940

---

[1]) Cf. oben S. 42[3]).

[2]) Die Auflage kann einseitig im Testament (§ 1940), vertragsmäßig im Erbvertrag (§ 1941 I), aber auch einseitig im Erbvertrag (§ 2299) angeordnet werden. Hier wird zunächst die testamentarische Auflage besprochen.

[3]) Ich gehe in meiner Darstellung jetzt in der Weise vor, daß ich zunächst die mancherlei Bedenken, die gegen die Rechtswirksamkeit der Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams erhoben werden oder erhoben werden könnten, zu beseitigen versuche. Dann erst ist freie Bahn geschaffen für die positive rechtliche Konstruktion dieser Verfügungen, die im folgenden auszuführen ist.

keinerlei Anhalt für die gegenteilige Auffassung bietet.[1]) Der eben erwähnte Einwand ist denn auch, obwohl er vom römischen und noch vom Gemeinen Rechte her nahe lag, nicht erhoben worden.[2])

Dagegen ist ausgeführt worden, eine Verfügung über den eigenen Leichnam könne deswegen nicht als Auflage angeordnet werden, weil zum Wesen der Auflage der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz zum Zwecke ihrer Vollziehung gehöre, dieser Anspruch hier aber nicht gegeben sei, da es sich überhaupt nicht um einen Rechtsstreit im Sinne des § 13 GVG. handele.[3]) Denn das Verfügungsrecht der Hinterbliebenen beruhe auf Sitte und Herkommen, nicht auf Gesetz, gehöre also der Privatrechtsordnung nicht an. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß, wenn auch das

[1]) Cf. besonders Kipp bei Windscheid II, § 251,3 S. 12; Herzfelder bei Staudinger, § 1940, Anm. 2.

[2]) Keiner besonderen Widerlegung bedarf wohl die Ansicht Frommholds (Erbrecht § 1940,3) (jetzt von Leonhard in unabhängiger Bearbeitung herausgegeben), daß eine Auflage, die den Bedachten nicht im Interesse anderer verpflichtet, eine rechtlich unverbindliche Aufforderung ist. Cf. gegen diese das Wesen der Auflage verkennende Anschauung mit Recht Lemke a. a. O. S. 2 und Gottbehüt, Die erbrechtliche Auflage, Jenenser Diss. 1903, S. 14. — Auch mit dem zweifelhaften Begriff des sog. „schutzwürdigen Interesses" wird man bei der Auflage nicht operieren dürfen. Cf. Leonhard, Erbrecht § 2192 II C. Leonhard macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Richter die Bestimmung der Feuerbestattung auch dann wird für gültig erklären müssen, wenn er sie nicht billigt. Cf. auch Herzfelder bei Staudinger a. a. O. Vorbemerkungen II zu § 2192 und Protokolle V 243. A. M. Dernburg, § 86 III a. a. O., der eine Verurteilung auf Leistungen, denen nicht ein „verständiges Interesse" zugrunde liegt, für nicht der Würde des Staates und des Richters entsprechend hält. Cf. dagegen auch Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, § 710,3 S. 503: grundsätzlich könne der Erblasser nach Lust und Laune verfügen, keine Zensur solle über ihm stehen.

[3]) So Josef in Nr. 4 des Jahrganges 1905 in der Zeitschrift „Das Recht", S. 103. Zustimmend Riezler bei Staudinger I § 90 2a ohne Begründung. Josef gibt folgendes Beispiel eines Testaments: „Zu meinen Alleinerben berufe ich meine beiden Töchter Anna und Klara; ich bemerke hierbei, daß meine Frau und mein Sohn durch notariellen Erbverzicht von meinem Nachlaß abgefunden sind. Meine

Recht der Hinterbliebenen über den Leichnam auf Sitte und Herkommen beruht, damit noch nicht gesagt ist, daß es nicht der Privatrechtsordnung angehört. Wenn man nicht damit argumentieren will, daß die §§ 453 bis 57 II 11 ALR.,[1]) die eine öffentliche rechtliche Pflicht der Hinterbliebenen zur Beerdigung statuieren, implicite ein gewisses Verfügungsrecht der Angehörigen enthalten, so wird man sich dem doch nicht verschließen können, daß hier ein Fall uralten Gewohnheitsrechtes vorliegt, das rechtlich genau so relevant ist, wie eine ausdrückliche reichsgesetzliche Bestimmung, da diese Gewohnheit im ganzen deutschen Reiche, wie fast überall auf der Erde, herrscht. Gewiß mag diese Gewohnheit auf Sitte und Herkommen beruhen; sie hat aber auch rechtliche Bedeutung gewonnen,[2]) so daß ein Streit über die Beerdigung des Verstorbenen sich doch als Rechtsstreit im Sinne des § 13 GVG. darstellt. Da die petitio principii Josefs somit unrichtig ist, wird seine Argumentation gegenstandslos.

Leiche soll im Krematorium zu X. verbrannt, die Asche auf dem hiesigen Friedhof beigesetzt werden." Hier bezweifelt Josef das Vorliegen einer Auflage, weil nur Erben und Vermächtnisnehmer zu der als Auflage bezeichneten Leistung verpflichtet werden könnten, während die Besorgung der Beerdigung den Hinterbliebenen obliege, diese beiden Personenkategorien hier aber nicht identisch seien. Dem ist entgegenzuhalten, daß doch die beiden allein erbenden Töchter mit der Auflage beschwert werden können und beschwert worden sind. Nun weist Josef selbst darauf hin, daß nach §§ 453 bis 457 II 11 ALR. die Hinterbliebenen zur Beerdigung verpflichtet sind, mit Recht nimmt er ferner ein mit dieser Verpflichtung verbundenes Verfügungsrecht der Hinterbliebenen über die Leiche des Verstorbenen an. Schon im Jahre 1905 aber genügte es m. E., wenn auch nur einer der erbenden Hinterbliebenen mit einer solchen Auflage beschwert wurde. Heute schließt in Preußen § 7 des Feuerbestattungsgesetzes vom 14. September 1911 jeden Zweifel in dieser Hinsicht aus, da der Antrag eines Bestattungspflichtigen erforderlich und ausreichend ist. Cf. Ausf. Anw. vom 29. 9. 11: 7b.

[1]) § 455 spricht von „Hinterlassenen".

[2]) Cf. Kipp, Erbrecht, § 1 II, § 113, Anm. 1. So hat denn auch m. E. mit Recht das RG. in der oben (S. 52 fg.) wiedergegebenen Entscheidung angenommen, daß es sich in solchen Fragen um einen Rechtsstreit privatrechtlicher Natur handelt, obwohl es ein

Ferner ist gegen die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam[1]) eingewandt worden, durch letztwillige Verfügungen[2]) könne nur über das Vermögen eine Bestimmung getroffen werden.[3]) Diese Be-

Verfügungsrecht der Hinterbliebenen über den Leichnam des Verstorbenen ablehnt. Die Begründung dieser an sich richtigen Behauptung, daß es sich um einen Rechtsstreit privatrechtlicher Natur handele: „da die Klägerin wie die Widerklägerin ihre Ansprüche auf Bestimmungen des BGB. stützten" steht denn auch auf schwachen Füßen. Worauf die Parteien ihre Ansprüche stützen, ist doch für den Richter nicht maßgebend. „Da mihi factum, dabo tibi ius", „iura novit curia." In Uebereinstimmung mit der neueren gerichtlichen Praxis nimmt auch von Blume a. a. O. S. 398—401 an, daß das Verfügungsrecht der Angehörigen über den Leichnam des Verstorbenen auf Gewohnheitsrecht beruhe. Er steht auf dem Standpunkt, daß mit der Einführung des BGB. nicht schlechthin alles bis 1900 geltende Privatrecht, soweit es nicht Reichsrecht war, außer Kraft gesetzt worden sei. Vielmehr werde vom BGB. die „Fortgeltung zahlreicher im Reiche geltender gewohnheitsrechtlicher Sätze" vorausgesetzt. Aber auch wenn man dieser zutreffenden Ansicht nicht beipflichtet, wird man das Verfügungsrecht der Hinterbliebenen über den Leichnam des Verstorbenen auf Gewohnheitsrecht, und zwar auf neu gebildetes, inhaltlich mit dem früheren Rechte übereinstimmendes Gewohnheitsrecht zurückführen können.

[1]) Es handelte sich um die Auflage der Feuerbestattung.

[2]) und entsprechend wohl auch durch Erbverträge.

[3]) So Sandheim in No. 2 des Jahrganges 1905 der Zeitschrift „Das Recht" S. 43. Sandheim begründet seine Ansicht aus § 1922; der Erblasser könne über seinen noch lebenden Körper nicht verfügen, da der Körper nicht unter den Begriff „Vermögen" falle. Merkwürdigerweise nimmt Sandheim trotzdem grundsätzlich Rechtswirksamkeit einer *Auflage* an, in der eine Verfügung über den eigenen Leichnam getroffen wird. Eine Begründung gibt er nicht. Der Zwiespalt wird wohl so zu lösen sein, daß Sandheim für Auflagen eine Ausnahme von dem Satze, daß letztwillig nur über das Vermögen disponiert werden könne, gelten lassen will. — Josef a. a. O. scheint sich die Argumentation von Sandheim aus § 1922 zu eigen machen zu wollen. Auch Kipp, Erbrecht, § 1 II S. 2 geht von dem grundsätzlichen Standpunkt aus, daß § 1922 für das Erbrecht maßgebend sei. Er gibt allerdings zu, daß Anordnungen des Erblassers über seinen eigenen Leichnam *möglich* seien. Nach seiner Ansicht brauchen sie aber von den Hinterbliebenen nicht respektiert zu werden. Cf. § 113 I Anm. 1 S. 354 a. a. O.

hauptung wird auf § 1922 gestützt.[1]) Man wird ruhig zugeben können, daß dieser Paragraph gewissermaßen eine Generalidee für das Erbrecht aufstellt, unter deren Einfluß viele andere Bestimmungen im Erbrecht stehen. Aber unrichtig ist es m. E., aus einer solchen Grundidee für den Einzelfall, der sich als Ausnahme darstellt, Folgerungen zu ziehen. Das BGB. kennt vielmehr eine Reihe von Fällen, in denen in einer Verfügung von Todes wegen auch über andere Dinge, als das Vermögen Anordnungen getroffen werden können. Hierher gehören z. B.: die Anerkennung eines unehelichen Kindes durch den Mann,[2]) die Benennung eines Vormundes,[3]) die Einsetzung eines Familienrates[4]) und noch andere einzelne Bestimmungen.[5]) Hiermit ist bewiesen, daß es Fälle gibt, in denen von dem Grundprinzip des Erbrechts, daß der Erblasser nur über sein Vermögen Anordnungen treffen könne, abgewichen wird. So kommen m. E. auch für die Lösung der Frage, was den zulässigen Inhalt einer Verfügung von Todes wegen bilden kann, die §§ 1937—41 selbständig in Betracht, ohne unter dem alles nivellierenden Einfluß des § 1922 erdrückt zu werden. Denn sie wollen, wie schon aus dem Wortlaut hervorgeht, ausführen, welchen Inhalt der Erblasser seinen Dispositionen

---

[1]) „Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf einen oder mehrere andere Personen (Erben) über."

[2]) § 1598 III 1.

[3]) § 1777 III, cf. ferner die Einzelbestimmungen der §§ 1852—56.

[4]) Cf. § 1858, 1868 in Verbindung mit § 1777.

[5]) Z. B. §§ 1866, 3, 1880, cf. näher Leonhard Erbrecht, § 1937 III A. Bemerkenswert ist, daß Leonhard die erbrechtlichen von den andern Bestimmungen getrennt behandelt wissen will, beide aber unter dem Oberbegriff „Verfügung von Todes wegen" zusammenfaßt, so daß gegen die im Text vertretene Ansicht evtl. eingewandt werden könnte, gegen die Behauptung, daß eine erbrechtliche Bestimmung einen vermögenswerten Inhalt haben müsse, beweise ein anderer möglicher Inhalt nicht erbrechtlicher Bestimmungen, z. B. familienrechtlicher, nichts. (Leonhard selbst argumentiert zwar nicht so; im Gegenteil, er hält z. B. die Anordnung der Feuerbestattung für wirksam, § 2192 II A, und fordert für die Auflage-

geben kann, während § 1922, der die Universalsukzession des Erben statuiert, ganz allgemein gefaßt ist.[1])

In engem Zusammenhange mit der Frage, ob § 1922 die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen ausschließt, in der über andere Dinge als über das Vermögen Bestimmung getroffen wird, steht eine andere: ob die Auflage stets einen „berechenbaren Kostenwert" haben muß.[2]) Während folgerichtig die auf § 1922 gestützte Ansicht alle

---

leistung weder Vermögenswert, noch berechenbaren Kostenwert, § 2192 II B.) Gegenüber dieser Argumentation wird man nur darauf hinweisen können, daß § 1922 gegenüber den §§ 1937 bis 41 für die Frage, welchen Inhalt Verfügungen von Todes wegen haben können, von sekundärer Bedeutung ist; cf. Text — M. E. kann unter die Zahl der hier erwähnten Einzelbestimmungen, die nicht vermögensrechtlichen Charakter tragen, auch die Berufung zum Testamentsvollstrecker (§ 2197 ff.) gehören, was später zu begründen sein wird.

[1]) Aehnlich Markus, Z. Bl. F. G. Heft 21 5. Jahrgang 1905 IV. S. 767/68, der scharf die „durchaus unzutreffende Behauptung" Sandheims ablehnt, aus § 1922 ergebe sich, daß testamentarisch nur über das Vermögen bestimmt werden dürfe. Auch Kretschmar, das Erbrecht des deutschen BGB., § 44 II Anm. 8 hält einen vermögensrechtlichen Inhalt der Auflage nicht für erforderlich. Dem Sinne nach bewegen sich auch auf die Aeußerungen von Hilse a. a. O. in dieser Richtung. Auch das RG. weist in der oben wiedergegebenen Entscheidung die Revisionsrüge gegen die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts zurück und erkennt eine Auflage mit einem nicht vermögensrechtlichen Inhalt als rechtswirksam an. Ferner meint Leonhard, Erbrecht § 2192 II A, Inhalt der Auflage könne jede Verpflichtung sein, und II B. a. a. O.: „Einen Vermögenswert braucht die Leistung hier ebensowenig wie bei Schuldverträgen zu haben." Ebenso verlangt Feigel, die Auflage nach dem BGB., Erlanger Diss. 1898 S. 43, keinen vermögensrechtlichen Inhalt zur Verbindlichkeit der Auflage. Derselben Meinung ist Gottbehüt, die erbrechtliche Auflage, Jenenser Diss. 1903 S. 12 fg.

[2]) Cf. Kipp bei Windscheid II § 251, 3 S. 12, weniger eingehend Kipp, Erbrecht § 114 VIII S. 359; Saucke a. a. O., der zwar einen Vermögenswert der Leistung in der Auflage nicht für erforderlich hält, (cf. S. 68/69 a. a. O.) dem Vermächtnisnehmer es aber überlassen will, ob er eine Auflage nicht vermögensrechtlichen Inhalts erfüllen will (cf. § 28 II S. 121, 122 a. a. O.). M. E.

Verfügungen von Todes wegen, die unmittelbar den Leichnam betreffen, für unwirksam erklären muß, da sie eine nicht vermögensrechtliche[1]) Anordnung enthalten, gelangt man mit der Auffassung, daß jede Auflage einen berechenbaren Kostenwert haben müsse, zu dem Ergebnis, daß ein Teil solcher Verfügungen ungültig ist. Um ein Beispiel zu geben, an dem die verschiedenen Ergebnisse der an sich verwandten Ansichten deutlich werden: nach der ersten Auffassung würde die Auflage der Feuerbestattung unwirksam sein, nach der zweiten nicht. Dagegen würden auch nach der zweiten Verfügungen rechtlich bedeutungslos sein, in denen etwa angeordnet wird, daß Locken vom Haupte der Verstorbenen abgeschnitten und dem X. übergeben werden sollen, oder gar, daß der ganze Leichnam einem anderen zu eigen gehören soll. Denn hier werden in der Regel überhaupt keine Kosten erwachsen, während die Feuerbestattung einen ganz bestimmten Kostenaufwand erfordert.

Die Auffassung, daß eine Auflage stets einen berechenbaren Kostenwert haben müsse, wird von Kipp[2]) folgendermaßen begründet: „Es ist ein uraltes und wohlberechtigtes Prinzip, daß der Erblasser nur Verpflichtungen auferlegen kann, die sich mit den Mitteln decken lassen, welche er dem Verpflichteten zugewandt hat." Von diesem Grundgedanken ausgehend bemerkt er im einzelnen, nach § 2187 könne der Vermächtnisnehmer die Erfüllung der Auflage insoweit verweigern, als das, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht. Diese Vorschrift setze voraus, daß der Aufwand zur Erfüllung der Auflage mit dem Werte des Vermächtnisses verglichen werden könne.

Das ist m. E. nicht zutreffend. Aus § 2187 folgt vielmehr nur, daß, soweit Erfüllungsaufwand und Vermögenswert vergleichbar sind, der Vermächtnisnehmer bei einer

ein Widerspruch; wenn das Gesetz eine Anordnung für zulässig erklärt, dann will es auch, daß diese Anordnung durchgesetzt werden kann.

[1]) Cf. S. 68 fg. meiner Arbeit.

[2]) Bei Windscheid a. a. O.

etwaigen Ueberschwerung die Erfüllung verweigern kann. Dagegen ist die Frage, ob die Auflage stets zu einer Leistung von berechenbarem Kostenwert verpflichten müsse, hier nicht entschieden.[1])

Kipp argumentiert weiter, die Schlußfolgerung, daß der Verpflichtete Handlungen und Unterlassungen, deren Last in Geld nicht schätzbar sei, immer verweigern könne, sei auch im Ergebnis besser, als die umgekehrte, daß der Verpflichtete sie nie verweigern könne, da der dem Verpflichteten zugedachte Schutz gegen Ueberschwerung sonst illusorisch gemacht würde.

Hierzu ist zu bemerken, daß der dem Verpflichteten in § 2187 zugedachte Schutz wegen Ueberschwerung sich auf vermögenswerte Leistungen bezieht. Ein Schutz gegen Ueberschwerung mit nicht vermögenswerten Leistungen ergibt sich dagegen aus § 2187 nicht.[2])

Ist ein Erbe mit der Auflage beschwert, so unterscheidet Kipp den Fall der „beschränkten" und der „unbeschränkten" (unbeschränkbaren) Haftung. Für den beschränkt haftenden Erben, der mit einer nicht vermögenswerten Auflage beschwert ist, greift nach seiner Ansicht der Gedanke Platz, daß die Verpflichtung nur aus dem Nachlaß zu erfüllen ist. Diese Ansicht beruht wohl auf dem leitenden Gedanken, „daß der Erblasser nur Verpflichtungen auferlegen kann, die sich mit den Mitteln decken lassen, welche er dem Verpflichteten zugewandt hat".

---

[1]) Deswegen ist noch nicht die Schlußfolgerung berechtigt, daß der Verpflichtete Handlungen und Unterlassungen, deren Last in Geld nicht schätzbar ist, niemals verweigern könne. Cf. S. 58 meiner Arbeit.

[2]) Mit Recht weist Lemke a. a. O. S. 50/51 darauf hin, daß eine analoge Anwendung des § 2187 auf nicht vermögenswerte Leistungen nur insoweit berechtigt ist, als „die unschätzbare Leistung für den Beschwerten eine übermäßige Last ist". Unrichtig erscheint mir dagegen infolge der Gleichstellung „Unwirksamkeit" und „Nichterfüllung" der Auflage sein indirektes Argument aus § 2195, es können entgegen der Vermutung dieses Paragraphen Verlust der ganzen Zuwendung eintreten.

Aber dieser Auffassung steht doch wohl entgegen, daß grundsätzlich der Erbe in die Rechtsstellung des Erblassers mit Aktiven und Passiven eintritt, so daß man eher umgekehrt von dem Prinzip ausgehen sollte, der Erbe muß alle Verpflichtungen des Erblassers erfüllen; und als Ausnahme von dieser Regel besteht die Möglichkeit, daß der Erbe seine Haftung hinsichtlich vermögenswerter Leistungen auf den Nachlaß beschränken kann. So darf also m. E. der Grundgedanke von Kipp für die Beurteilung der Sachlage, wenn ein Erbe beschränkt haftet und mit einer in Geld nicht abschätzbaren Auflage beschwert ist, nicht herangezogen werden.[1])

Aber auch wenn der Erbe unbeschränkbar haftet, lehnt Kipp ganz allgemein die Erzwingbarkeit einer solchen Auflage ohne berechenbaren Kostenwert ab; denn erstens beschränke sich das Erbrecht grundsätzlich auf das Vermögen, zweitens dürfe der Erbe hier nicht stärker belastet werden, als der Vermächtnisnehmer und drittens könne die Ver-

[1]) Im Ergebnis — der Ablehnung der Auffassung Kipps, jede Auflage müsse einen berechenbaren Kostenwert haben, — übereinstimmend Strohal in Plancks Kommentar zum BGB. § 1940, 3 und besonders Erbrecht I § 6 Anm. 6. Aber Kipps ausführliche Begründung ist damit doch wohl nicht abgetan, daß Strohal sagt, Kipp habe übersehen, daß der Erblasser die Erfüllung einer solchen Auflage durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers hinreichend sichern könne. Wenn er nun keinen ernannt hat? — Uebereinstimmend ferner auch Leonhard, Erbrecht § 2192 II B, Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 5 § 86 IV, Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 3 § 73 S. 318: „Der Zweck der Auflage braucht nicht auf einem zivilrechtlich anerkannten Interesse zu beruhen"; das werde dadurch bezeugt, daß ein Forderungsrecht nicht entstehen solle; die Begünstigung könne Menschen und Tieren zu gute kommen, und die Verwendung könne auch rein sachlichen Zwecken dienen. Diese Auffassung, der schärfste Gegensatz zur Kippschen, geht allerdings in der Ablehnung des berechenbaren Kostenwertes einer Auflage m. E. zu weit; cf. S. 58 meiner Arbeit. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Erbrecht § 710, 3 S. 503 lehnt diese extreme Auffassung ebenso wie die Kippsche ab: was nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein könne, sei auch im Wege der Auflage dem Rechtszwange nicht zugänglich. Die Ansicht ist m. E. die einzig zutreffende; cf. S. 58 meiner Arbeit.

säumung der Inventarfrist oder Verstöße bei der Inventarerrichtung den Erben nicht mit Verpflichtungen belasten, die mit dem Vermögen gar nichts zu tun hätten.

Von diesen Argumenten ist das erste, das Erbrecht beschränke sich grundsätzlich auf das Vermögen, bereits vorher[1]) abgelehnt worden, das dritte, Inventarversäumnisse und -verstöße könnten den Erben nicht mit nicht vermögenswerten Verpflichtungen belasten, geht wieder auf den Gedanken zurück, daß solche Verpflichtungen überhaupt nicht auferlegt werden könnten. Auch diese Auffassung habe ich vorher zu bekämpfen gesucht. Dagegen glaube auch ich, daß der Erbe hier nicht schlechter gestellt sein darf, als der Vermächtnisnehmer. Daraus kann ich aber natürlich nicht schließen, daß nun der Erbe ebenso wie der Vermächtnisnehmer überhaupt nicht mit nicht vermögenswerten Leistungen belastet werden könne, da ich diese Ansicht auch für den Vermächtnisnehmer abgelehnt habe. Inwiefern aber dieses zweite Argument von Kipp, der Erbe dürfe hier nicht schlechter gestellt sein als der Vermächtnisnehmer, doch von Bedeutung sein wird, obwohl ich die daraus gezogene Schlußfolgerung nicht ziehe, wird sich in folgendem zeigen.

Denn nunmehr muß die Grenze angegeben werden, die rechtswirksame und nicht rechtswirksame Auflagen trennt. § 1940 lautet: „Der Erblasser kann ... zu einer Leistung ..... verpflichten." Nachdem die Ansicht abgelehnt ist, daß das Erbrecht sich auf das Vermögen beschränke, steht m. E. kein Bedenken im Wege, auf § 241, der die allgemeine Begriffsbestimmung der Leistung enthält, zurückzugehen. In § 241 kommt nun nicht zum Ausdruck, daß ein vermögenswerter oder ein einen Vermögensaufwand erfordernder Inhalt zur Verbindlichkeit erforderlich ist.[2]) Da § 1940 keine abweichende Auffassung zum Ausdruck bringt, insbesondere auch nicht verlangt, daß die Leistung einen Ver-

---

[1]) Cf. S. 51 fg. meiner Arbeit.

[2]) Cf. Kipp bei Windscheid II § 250 Anm. 3 am Ende mit Literaturangaben. (Herrschende Meinung.)

mögenswert darstellt,[1]) so ist meiner Ansicht nach die Grenze zwischen rechtswirksamen und nicht rechtswirksamen Verfügungen von Todes wegen ebenso zu ziehen, wie sie Kohler[2]) für Verträge zieht. Wie Verträge, die einer Lebenssphäre angehören, die dem Rechtszwange nicht unterworfen ist, unverbindlich sind, so können auch letztwillige Verfügungen, die sich z. B. auf dem Gebiete der Religion, der Liebe oder des Anstandes bewegen, keine Rechtswirksamkeit erzeugen. Aus dieser Auffassung ergibt sich nicht nur eine Ablehnung der von Kipp vertretenen Auffassung, das Erbrecht gestatte grundsätzlich Bestimmungen nur über das Vermögen, und ferner, die Auflage müsse einen berechenbaren Kostenwert haben, sondern auch der Ansichten Endemanns[3]) und Dernburgs,[4]) der Zweck der Auflage brauche nicht auf einem zivilrechtlich anerkannten Interesse zu beruhen, und es sei nicht notwendig, daß der Gegenstand der Auflage Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein könne. — Auch das Erbrecht muß sich im Rahmen der allgemein der Rechtssphäre zugänglichen Verpflichtungen halten, wenn der Erblasser nicht, um die Erfüllung eines solchen außerhalb der Rechtssphäre liegenden Wunsches zu sichern, zur Bedingung greift.

Um die praktische Differenz der im Text vertretenen Auffassung von den andern eben wiedergegebenen Ansichten

[1]) Cf. Fischer-Henle § 1940, 2; Saucke, die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, Rostocker Dissertation 1903 § 16 S. 68/69, unter Hinweis auf §§ 249, 343 I 2 und auf den Gegensatz von § 1939 (Vermögensvorteil) zu § 1940 (Leistung schlechthin). Lemke a. a. O. S. 31 fg.: das Gesetz biete keine Unterscheidung zwischen der „Leistung" in § 1940 und § 241. A. A. Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte S. 58 fg.: „Kraft des § 1940 kann der Testator . . . . . Anordnungen treffen, deren Erfüllung das Recht in exceptioneller Weise gewährleistet." Also im Ergebnis, daß § 1940 keine vermögenswerte Leistung erfordert, übereinstimmend, aber basierend auf der unzutreffenden Auffassung, die Leistung in § 241 müsse eine vermögenswerte sein.

[2]) Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 12 S. 1 fg.

[3]) A. a. O. Bd. 3 § 73 S. 318.

[4]) A. a. O. Bd. 5 § 86 VI, S. 248, l, Anm. 1.

aufzuzeigen, führe ich einige Beispiele an. Wenn der Erblasser verfügt: „Eine Locke meines Haares soll meinem Freund X. zum Andenken an mich übergeben werden," so würde Kipp diese Verfügung unbedingt für unwirksam erklären, Endemann und Dernburg würden sie unbedingt für wirksam erklären. Ich glaube, daß hier ein Grenzfall vorliegt, der sich bereits stark zu der Reihe derjenigen Verfügungen neigt, die sich auf dem Gebiete der Liebe bewegen. Sicherlich rechtlich unwirksam wird folgende Verfügung sein: „Mein Erbe hat jeden Sonntag an meinem Grabe ein Gebet zu verrichten." Diese Anordnung ist religiöser Natur. Ordnet der Erblasser dagegen an, der Erbe solle an dem alljährlich wiederkehrenden Datum seines Todestages nicht Klavier spielen, so halte ich diese Verfügung für wirksam. Denn man kann auch mit seinem Stubennachbar vertraglich vereinbaren, er solle um eine bestimmte Zeit nicht Klavier spielen. Hier ist also noch eine Lebenssphäre gegeben, die dem Rechtszwange unterworfen ist. Man könnte hier vielleicht einwenden: auch eine solche Verfügung wird doch in der Regel Motiven entsprungen sein, die in religiösen oder sittlichen Rücksichten wurzeln.[1]) Man könnte auch gegen die Entscheidung des Beispiels, in dem der Erbe verpflichtet wird, am Grabe des Erblassers ein Gebet zu verrichten, — eine Anordnung, die ich für rechtlich unwirksam erklärt habe, — den Vorwurf erheben, ich kann mir auch vertraglich ausbedingen, daß jemand an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit erscheint und dort eine bestimmte Handlung vornimmt. Auch eine solche vertragliche Abmachung ist klagbar. — Aber ich glaube, hier ist der objektive Maßstab entscheidend, ob der Inhalt einer Verfügung von Todes wegen im täglichen Leben nach der Verkehrsauffassung auch als zugänglich für einen Vertrag angesehen wird; dagegen

[1]) Das wird besonders deutlich, wenn man die eben erwähnte Verfügung von Todes wegen dahin spezialisiert, daß der Erbe an dem betreffenden Tage keine lustigen Weisen spielen solle, während ihm ernste Werke gestattet sind.

nicht der subjektive Maßstab, aus welchen Gründen der Erblasser gehandelt hat.[1])[2])

Um das Ergebnis kurz zusammenzufassen: der Erbe ist verpflichtet, Auflagen insoweit zu erfüllen, als sie nicht einen der Rechtssphäre unzugänglichen Inhalt haben. Auch die unbeschränkbare Haftung kann ihn nicht zur Erfüllung von Auflagen zwingen, die nicht den Inhalt eines Vertrages bilden können, also insbesondere das Gebiet der Liebe, der Religion oder des Anstandes betreffen.[3])

Ein weiteres Bedenken, das gegen die Wirksamkeit gewisser Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam erhoben wird, besteht darin, daß man sagt: „Es ist unbillig, den Erben zu einem seinem sittlichen Empfinden widerstrebenden Tun zu zwingen; der Wille des Testators verdient insoweit keine Anerkennung, als er dem Erben eine Handlung auferlegt, die dieser als Verletzung des innigen Verwandtschaftsverhältnisses ansieht".[4]) In denselben Bahnen bewegen sich folgende Gedankengänge: „Man kann rechtlich niemand zumuten, daß er eine Handlung vornimmt, welche seinem sittlichen Empfinden widerstrebt, vorausgesetzt, daß er mit dem letzteren nicht etwa allein steht, einen abnormen Standpunkt einnimmt oder selbst der guten Sitte seiner Zeit oder seines Standes widerspricht."[5]) Meines

[1]) Soviel über die grundsätzliche rechtliche Wirksamkeit derartiger Auflagen. Ueber die Erzwingbarkeit cf. unten S. 77 fg. meiner Arbeit.

[2]) Uebereinstimmend mit der im Text vertretenen Auffassung Kretzschmar a. a. O. § 44 II Anm. 8; Crome a. a. O. § 710,3 S. 504; Gareis a. a. O. S. 93.

[3]) Hier gewinnt also die von Kipp mit Recht vertretene Auffassung, der Erbe dürfte in diesem Punkt nicht schlechter gestellt sein als der Vermächtnisnehmer, ihre Bedeutung. Man nehme z. B. an, ein unbeschränkt haftender Erbe sei mit der Auflage beschwert, alle 8 Tage am Grabe des Verstorbenen ein Vaterunser zu beten.

[4]) So Schultheis. Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, Hallenser Diss. 1888 S. 39.

[5]) So Gareis a. a. O. S. 94 b. Aehnlich neuestens v. Blume a. a. O. S. 406. Schief ist sein Beispiel: Der Verstorbene hat an-

Erachtens ist es inkonsequent, wenn man überhaupt Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam als wirksam anerkennt, die eben gewonnene Wirksamkeit wieder aufs Spiel zu setzen, indem man die Ausführung der Anordnungen dem subjektiven Ermessen der Erben oder Hinterbliebenen überläßt. Denn darauf kommt dieser scheinbar so einleuchtende Einwand hinaus. Gareis will die Empfindung der Hinterbliebenen allerdings nur schützen, wenn ihnen eine gewisse Objektivität innewohnt. Aber das Beispiel, das er anführt: „Wenn die alleinstehende Tochter entgegen der letztwilligen Verfügung des bürgerlich wohlsituierten Vaters, die Leiche desselben dem pathologisch-anatomischen Institut auszuliefern, die herkömmliche Beerdigung vornehmen läßt", beweist, daß auch eine solche gewisse Objektivität des Empfindens nicht ausreicht, um die Nichtausführung der Anordnungen des Erblassers über seinen Leichnam rechtlich zu billigen. Maßgebend muß vielmehr der ausgesprochene Wille des Testators sein,[1]) wenn er sich in den ihm durch das Gesetz gezogenen Schranken[2]) hält. Das Gesetz selbst will soviel als möglich die Verfügungen des Erblassers aufrecht erhalten;[3]) wir haben daher keinen Grund, wenn wir überhaupt Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam als wirksam anerkennen, für ihre Wirksamkeit andere als gesetzliche Schranken aufzurichten. Uebrigens werden die gesetzlichen Vorschriften in der Regel ausreichen, um auch das sittliche Empfinden der Hinterblie-

---

geordnet, daß seine Asche in die Winde zerstreut werde. Man werde den Angehörigen hier nicht zumuten dürfen, daß sie dem gehorchten. — Die Unwirksamkeit einer derartigen Verfügung über den eigenen Leichnam ergibt sich aus dem Verstoß gegen die guten Sitten.

[1]) Cf. auch S. 46[1]) meiner Arbeit.

[2]) Man denke daran, daß Verfügungen, die gegen die guten Sitten oder die Gesetze verstoßen, die auf etwas Unmögliches gerichtet sind, die unverständlich, unsinnig oder zu unbestimmt sind, der Unwirksamkeit verfallen. M. E. brauchen die gesetzlichen Schranken nicht durch willkürlich aufgerichtete vermehrt zu werden.

[3]) Cf. z. B. § 2084 BGB.

benen zu schützen, wenn es objektiv beachtlich ist, da sich dann Unsittlichkeit der Verfügung und widerstrebendes sittliches Empfinden der Hinterbliebenen entsprechen werden.[1])

In engem Zusammenhange mit der Auffassung, daß das sittliche Empfinden der Hinterbliebenen berücksichtigt werden müsse, steht die noch viel weiter gehende Ansicht, daß den Angehörigen ein ausschließliches Verfügungsrecht über den Leichnam zusteht. Um diese Meinung nachprüfen zu können, muß zunächst darüber Klarheit geschaffen werden, wem überhaupt ein Verfügungsrecht über den Leichnam des Erblassers zusteht.

Die Entscheidung dieser Frage ist nicht etwa, wie Markus[2]) — dem ich im übrigen zustimme — glaubt, für die Beurteilung einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam belanglos; denn nimmt man überhaupt ein Verfügungsrecht gewisser Personen über den Leichnam des Verstorbenen an, so liegt die Annahme eines solchen ausschließlichen Verfügungsrechtes nicht so fern. Ein ausschließliches Verfügungsrecht anderer Personen als des Erblassers über dessen Leichnam würde aber der Rechtswirksamkeit der Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam einen tödlichen Stoß versetzen. Daher muß untersucht werden, ob ein solches Verfügungsrecht über den Leichnam gewissen Personen zusteht.

Vielfach ist in der Literatur die Ansicht vertreten, daß die „Erben" über den Leichnam des Erblassers bestimmen

---

[1]) Aehnlich Oertmann a. a. O. Auch die positive rechtliche Konstruktion, die ich später für die hier behandelten Verfügungen geben werde, nämlich als Persönlichkeitsrecht, spricht für die Befolgung der Anordnungen des Erblassers. Denn wie der Erblasser zu Lebzeiten auch entgegen dem sittlichen Empfinden seiner Angehörigen über seine Person disponieren kann, so muß sein Wille auch nach dem Tode dem der Angehörigen vorgehen. Es ist sonderbar, daß man auf dem Gebiete des Vermögensrechtes den Grundsatz, daß der Wille des Erblassers maßgebend ist, allgemein anerkennt, und bei dem ursprünglichsten Rechte des Menschen, über seinen Körper zu disponieren, anders entscheiden will.

[2]) Z. Bl. F. G. Heft 21 5. Jahrgang 1905 IV S. 767/68.

könnten.[1]) Die Begründung für diese Anschauung ist verschieden. Herzfelder[2]) führt unter Berufung auf § 1968[3]) aus, man werde dem Erben mit Rücksicht auf seine Berechtigung und Verpflichtung zur Bestattung des Verstorbenen das Verfügungsrecht über den Leichnam zugestehen müssen. § 1968 statuiert nun aber nur die Haftung des Erben für die Begräbniskosten des Erblassers. Aus der Verpflichtung, die Kosten für das Begräbnis zu tragen, ergibt sich aber noch nicht ein Recht, über die Beerdigung zu bestimmen.[4]) — Sandheim[5]) gesteht allein den Erben deswegen ein Verfügungsrecht über den Leichnam des Erblassers zu, weil sie mit dem Augenblick des Todes Eigentum an dem Körper erwerben. Diese Anschauung faßt also erstens den Leichnam als Sache auf und läßt zweitens nicht die Hinterbliebenen, sondern die Erben Eigentum an dieser Sache erwerben. Keine dieser beiden Erwägungen ist stichhaltig. Auf die erste, daß der Leichnam eine Sache sei, wird im folgenden[6]) eingegangen werden, die zweite, und mit ihr die Folgerung, daß die Erben die einzigen sind, „denen ein Verfügungsrecht über den Leichnam zusteht," wird dadurch entkräftet werden, daß man positiv ein Verfügungsrecht der „Hinterbliebenen" wahrscheinlich macht.[7]) Leonhard[8])

[1]) So Leonhard a. a. O. § 1968 IV, 1922 III B. a. E.; Herzfelder bei Staudinger § 1922 IV 2 d mit Literaturangaben; Sandheim a. a. O.; das RG. in der angeführten Entscheidung läßt die Frage unentschieden. Für ältere Literaturangaben cf. insbesondere Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 102 II Anm. 67.

[2]) A. a. O. § 1922 IV 2 d.

[3]) Unverständlich ist sein Hinweis auf RG. Bd. 12 S. 288. Hier ist nur ausgesprochen, daß einem Mitgliede einer Kirchengemeinde ein klagbares Recht gegen diese auf bestimmungsgemäße Benutzung eines ihr gehörigen Begräbnisplatzes zusteht.

[4]) Ebenso v. Blume a. a. O. S. 374, 381, 382.

[5]) A. a. O., ebenso Oertmann, Allgem. Teil S. 246 fg.

[6]) Cf. S. 68 fg. meiner Arbeit.

[7]) Cf. S. 64 fg. meiner Arbeit. Daß der Leichnam nicht in das Eigentum der Erben fällt, beweist auch die Pflicht der Hinterbliebenen (oder, nach der andern Auffassung, der Erben) zur Beerdigung des Erblassers. Cf. Enneccerus, Bd. 1 des Lehrbuchs von Enneccerus, Kipp und Wolff § 114 I 1 S. 276.

[8]) A. a. O. § 1968 IV.

gibt keine positiven Gründe dafür an, daß die Erben über den Leichnam des verstorbenen Erblassers bestimmen können. Er geht vielmehr negativ vor, indem er den Begriff der „Hinterbliebenen" als dehnbar angreift. Unter „Hinterbliebenen" sind m. E. hier die nächsten Angehörigen zu verstehen: der Ehegatte, die Eltern, Kinder und Geschwister des Erblassers. Es ist zuzugeben, daß der Versuch einer Abgrenzung an sich etwas Willkürliches darstellt.[1]) Aber man wird, glaube ich, hierbei an der Praxis des täglichen Lebens einen Anhalt gewinnen können. Nicht zustimmen kann ich Leonhard, wenn es ihm unrichtig erscheint, daß die enterbten Brüder und nicht der einzige Erbe[2]) über die Art des Begräbnisses entscheiden sollen. Meines Erachtens ist das eine Familienangelegenheit, die mit der vom Erblasser angeordneten Verteilung seines Vermögens nichts zu tun hat.[3])

Positiv läßt sich m. E. ein Verfügungsrecht der „Hinterbliebenen" über den Leichnam des Verstorbenen aus der Existenz eines uralten Gewohnheitsrechtes dieses Inhalts

---

[1]) Man wird den Ausführungen bei Staudinger I § 90, 2 a zustimmen müssen, nach denen die Erläuterung des Begriffs „Angehörige" aus § 52 StrGB. hierher nicht übernommen werden kann, da sie nur für dieses Gesetz gegeben ist.

[2]) Voraussetzung ist hierbei natürlich, daß nicht ein „Hinterbliebener" zum Erben eingesetzt ist.

[3]) Man wird aber wohl zugeben müssen, daß im Einzelfall die im Text vertretene Anschauung zu Härten führen kann, wenn der Begriff „Angehörige" eng und formalistisch interpretiert wird. Man denke z. B. an folgenden Fall: der ledige Erblasser hat seine Angehörigen enterbt und seinen Pflegesohn (nicht Adoptivsohn) zum Alleinerben eingesetzt. Hier würde es eine Härte sein, den Angehörigen, mit denen der Erblasser womöglich in dauerndem Unfrieden gelebt hat, die Bestimmung über die Leiche zu überlassen und nicht dem Pflegesohn, mit dem er vielleicht in jahrelanger häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Bei der zweifelhaften rechtlichen Grundlage dieser Materie wird das billige Ermessen des Richters zu einer gerechten Abwägung der Interessen verhelfen können. — Vielleicht kann man aber zutreffend den Pflegesohn als „Angehörigen" im Sinne der hier in Betracht kommenden Vorschriften ansehen, indem man alles auf die persönlichen Beziehungen zwischen dem Ueber-

begründen, daß, selbst wenn aus § 1968 BGB. ein Bestimmungsrecht der Erben zu folgern wäre, als Reichsgewohnheitsrecht der gesetzlichen Bestimmung zuwider die Herrschaft erlangt hat.

Aber auch noch aus einem andern Gesichtspunkt wird man sich in dieser Frage zugunsten der Hinterbliebenen auszusprechen haben. Die §§ 453 bis 57 II 11 ALR. statuieren eine öffentlichrechtliche Verpflichtung der Hinterbliebenen zur Bestattung des Verstorbenen.[1]) Einer Verpflichtung

lebenden und Verstorbenen abstellt. Diese letztere Auffassung, die ich für zutreffend halte, weil sie mir „richtiges Recht" zu sein scheint, ist am schärfsten von v. Blume a. a. O. S. 393 ausgesprochen: „Wer dem Verstorbenen am nächsten stand, ist auch von rechtswegen berufen, das Amt der Totenfürsorge zu übernehmen." In demselben Sinne sind auch verschiedene von von Blume zitierte gerichtliche Entscheidungen ergangen. Cf. von Blume a. a. O. S. 386 fg. — Cf. einen ähnlichen, wenn auch nicht unmittelbar hierher gehörenden Fall bei C. E. Cramer S. 45 Anm. 2 und Crusen a. a. O. S. 47 (entnommen einem italienischen Autor), in dem nicht dem Ehegatten, sondern dem Vater der Verstorbenen mit Rücksicht auf die besonderen Umstände (unglückliche, kurze und kinderlose Ehe, große Liebe der Eltern zur Tochter, Vorhandensein einer Familiengruft auf Seite der Aszendenten, ärmliche, pietätlose Bestattung durch den Mann) das Bestimmungsrecht über den Leichnam zugesprochen worden ist. Der Erblasser kann, um derartige Streitigkeiten zu vermeiden, selbst Bestimmungen über seinen Leichnam treffen. Cf. später S. 72 fg. meiner Arbeit.

[1]) A. M. von Blume a. a. O. S. 413 bis 21. Von Blume weist auf die Stellung der §§ 453—57 hin, die sich unter einem Titel befänden, der vom Pfarrer und dessen Rechten handelte. Der Zweck des § 453 sei nicht die Feststellung einer Beerdigungspflicht, sondern einer Gebührenpflicht. M. E. kann die Stellung der angeführten Paragraphen hier nicht ausschlaggebend sein. Von Blume weist selbst in diesem Zusammenhange darauf hin, daß „in buntem Gemenge mit diesen kirchenrechtlichen Bestimmungen solche polizeirechtlichen Charakters über den Leichentransport und die Beerdigung der Leichen im Falle Todes infolge ansteckender Krankheit gegeben" sind. Die Subsumtion der Paragraphen unter einem Titel hat also nicht die Bedeutung, daß sie nur von der Ueberschrift des Titels im einzelnen handeln. Auch die interessanten Hinweise von Blumes auf § 64 der Seemannsordnung und § 675 HGB. widersprechen der Auffassung nicht, daß die Bestattungs*pflicht* öffentlichrechtlichen

pflegt eine Berechtigung zu entsprechen.[1]) Und so wird man auch aus diesem Grunde den Hinterbliebenen als solchen ein

---

Charakter trägt. Insbesondere kann der Umstand, daß die Vorschrift, die den Rheeder verpflichtet, für die Bestattung des gestorbenen Schiffmanns zu sorgen, sich inmitten privatrechtlicher Bestimmungen befindet, nicht dazu führen, die Bestattungspflicht als privatrechtlicher Natur zu charakterisieren. Von Blume gibt selbst zu, daß durch die Strafandrohung gegen den Rheeder zur Erfüllung der Bestattungspflicht auch eine öffentlichrechtliche Pflicht für den Schiffer begründet wird (S. 411). Aber er hält in diesem Falle die privatrechtliche und öffentlichrechtliche Verpflichtung für koordiniert.

Hält man daran fest, daß aus § 453 fg. II 11 ALR. sich eine öffentlichrechtliche Bestattungspflicht der „Hinterlassenen" ergibt, so verlieren auch die Ausführungen von Blumes darüber, daß der polizeiliche Gesichtspunkt der Gefahrenabwendung die Auferlegung einer Bestattungspflicht nicht rechtfertige, für die hier erörterte Frage ihre Bedeutung.

Eine ganz andere Frage ist die, ob das Bestattungsrecht der Angehörigen dem öffentlichen oder privaten Rechte angehört, eine Frage, die auch von Blume mit Hinweis auf das herrschende Gewohnheitsrecht dahin beantwortet, daß es sich um Privatrecht handele.

Von Blume ist also darin zuzustimmen, daß nicht das gesamte Recht der Toten, einschließlich des Bestattungsrechtes, öffentlichrechtlichen Charakter hat; dagegen besteht m. E. nach § 453 fg. ALR. a. a. O. eine öffentlichrechtliche Bestattungspflicht der „Hinterlassenen". Der Unterschied zwischen Bestattungspflicht und Bestattungsrecht der „Hinterlassenen" muß scharf hervorgehoben werden.

Im Ergebnis, daß die Bestattungspflicht der Hinterbliebenen öffentlichrechtlichen Charakter trägt, übereinstimmend: Pinzger a. a. O. S. 63 c, S. 71 und Loening DJZ. 1908 S. 844 (beide ohne Begründung). Loening a. a. O. scheint auch das Bestattungsrecht für öffentlichrechtlich zu halten: demgemäß könnte nach ALR. auch ein Minderjähriger nach vollendetem 14. Lebensjahre Bestimmung über seine Bestattung treffen; ganz allgemein würde ferner der in einem „außergerichtlichen Schriftsatze" ausgesprochene Wille des Verstorbenen hinsichtlich seines Begräbnisses die Hinterbliebenen binden. Gegen öffentlichrechtlichen Charakter des Bestattungsrechtes zutreffend von Blume a. a. O. In Betracht kommt nach Art. 89 Ziffer 1 AGBGB. § 2229 fg. BGB.

[1]) Ein Argument, das bei § 1968 BGB. nicht durchschlägt, da hier nur eine Verpflichtung zur Kostentragung der Beerdigung, nicht zur Beerdigung selbst dem Erben auferlegt wird.

gewisses Verfügungsrecht über den Leichnam des Verstorbenen zugestehen müssen.[1])

Nun aber erhebt sich die vorher erwähnte Frage: haben die Hinterbliebenen ein ausschließliches Verfügungsrecht über den Leichnam des Verstorbenen? Diese Frage ist zu verneinen, da m. E. diese Verfügungsbefugnis hinter den Anordnungen, die der Erblasser selbst getroffen hat, zurücktreten muß. Erkennt man an, daß der Erblasser rechtswirksame Dispositionen über seinen Leichnam treffen kann, so müssen diese Anordnungen, wie auf vermögensrechtlichem Ge-

[1]) Cf. Crusen a. a. O. S. 46, der bezüglich der Gewahrsamsfrage am Leichnam, einer Frage, die mit der hier erörterten in engem Zusammenhang steht, ausführt: wenn andern Personen, als denen, die nach Landesrecht verpflichtet sind, für die Bestattung zu sorgen, die Berechtigung zustände, „so würde der Fall eintreten können, daß der zur Besorgung des Begräbnisses Verpflichtete seine Schuldigkeit nicht tun kann, weil ihm die tatsächliche Verfügung über den Leichnam unmöglich ist; denn auch vermittelst einer Klage kann er den Gewahrsam nicht erlangen, da er kein Recht hat, auf das er sich stützen kann. Es ist außerdem eine im Recht regelmäßig wiederkehrende Erscheinung, daß einer Verpflichtung eine Berechtigung entspricht. Die Person des Berechtigten ergibt sich daher aus dem über die Beerdigungspflicht Gesagten". — Im Ergebnis übereinstimmend Kipp, Erbrecht S. 353/54 Anm. 1; S. 2 II; Josef a. a. O., Gierke a. a. O. und ein Teil der dort Angeführten. Ablehnend außer den vorher erwähnten für ein Verfügungsrecht der Erben eintretenden Autoren, das RG. in der angeführten Entscheidung: „Jedenfalls hätten die Angehörigen weder dingliche, noch persönliche Verfügungsrechte über den Leichnam eines Angehörigen". Eine Begründung hierfür wird nicht gegeben. Cf. gegen diese Ansicht auch die von Blume a. a. O. S. 386 fg. angeführten Entscheidungen. Gierke a. a. O. Bd. 2 § 102 II nimmt ein Persönlichkeitsrecht der Angehörigen über den Leichnam des Verstorbenen an. In Staudingers Kommentar I (Einleitung und Allgemeiner Teil) § 90, 2 a wird hiergegen eingewandt, daß ein Charakteristikum des Persönlichkeitsrechts sein Erlöschen mit dem Tode des Menschen sei. Daher wäre die Konstruktion Gierkes gekünstelt. — Aber das Persönlichkeitsrecht kann doch auch nach dem Tode noch Nachwirkungen ausüben. Cf. S. 70/71 meiner Arbeit. Am nächsten liegt es m. E., wie bereits im Text kurz angedeutet, „das Recht der Ueberlebenden am Leichnam des verstorbenen „Angehörigen" als Rückstand, als eine Nachwirkung des familienrechtlichen Verhältnisses, das den Toten bei Lebzeiten

biete, so auch hinsichtlich seines Leichnams entgegen den Wünschen der Angehörigen durchgesetzt werden können.[1]) Die Entscheidung der Frage hängt also letzten Endes davon ab, ob man dem Erblasser eine Dispositionsbefugnis über seinen eigenen Leichnam einräumt oder nicht.[2])

Noch eine letzte Frage ist vor der positiven Konstruktion der Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam zu beantworten: die nach der Natur des menschlichen Leichnams. Zwar behauptet Markus,[3]) es könne unberücksichtigt gelassen werden, ob die Leiche des Erblassers zum „Vermögen" der Erben oder der Hinterbliebenen gehöre.[4]) Das ist m. E. deswegen unzutreffend, weil sich auf Grund der einzelnen Ansichten über das Wesen des Leichnams Differenzen in der Beurteilung der Wirksamkeit bei einer großen Anzahl von Verfügungen über den eigenen Leichnam ergeben können und ergeben haben. Wer den Leichnam für eine Sache hält, der wird, wenn er im übrigen die hier behandelten Verfügungen für zulässig hält, eine weit größere Anzahl solcher Anordnungen für wirksam erklären, als derjenige, der dem Leichnam die Sachqualität abspricht und in ihm einen Ueberrest der Persönlichkeit erblickt. Insbesondere wird die Auffassung über Sittlichkeit oder Unsitt-

---

mit den Ueberlebenden verband", aufzufassen. So zutreffend mit näherer Begründung von Blume S. 391—92, (386—401), auch 371—81 a. a. O., auf dessen Ausführungen ich verweise. — Die erhebliche Abweichung meines Standpunktes, die sich bezüglich der Ausschließlichkeit dieses Verfügungsrechts bei ausdrücklicher Anordnung des Verstorbenen selbst ergibt, wird im Text erörtert werden.

[1]) So auch das RG. in der angeführten Entscheidung: die Anordnungen des Erblassers „seien in erster Linie maßgebend". Auch das Berufungsgericht führte aus: grundsätzlich könne jeder Mensch über seinen Körper bestimmen, und seine Verfügung ginge den Wünschen der Angehörigen vor.

[2]) Cf. darüber später S. 72 fg. meiner Arbeit.

[3]) A. a. O.

[4]) Hier, wie auch bezüglich der Frage nach dem Verfügungsrecht über den Leichnam, genügt nach seiner Ansicht § 1940 BGB. für die Lösung des Problems, ob der Erblasser bindende Dispositionen über seinen Leichnam treffen kann.

lichkeit einer Einzelverfügung leicht durch die vorher erwähnten Meinungsverschiedenheiten beeinflußt werden.[1])

Im wesentlichen drehen sich die Meinungsverschiedenheiten in der Literatur um die Frage der Sachqualität und der Verkehrsausschließung (Verkehrsunfähigkeit, Extrakommerzialqualität) des Leichnams. Gründe für die verschiedenen Auffassungen werden regelmäßig nicht angegeben und sind auch schwer anzugeben.[2]) Daraus erklärt sich wohl auch, daß sich zahlreiche Uebergänge von der einen zur anderen Anschauung finden. Will man möglichst alle Verfügungen über den eigenen Leichnam aufrecht erhalten, so wäre die Konstruktion des menschlichen Leichnams als verkehrsfähige Sache[3]) am bequemsten. Denn dann würden wohl keine oder nur geringe Bedenken dem entgegenstehen, den Leichnam zum Nachlaß zu rechnen, über den der Erblasser zweifellos bindend disponieren kann. Insbesondere würde dann die Bestellung eines Testamentsvollstreckers, der den Nach-

---

[1]) So wird, glaube ich, jemand, der den Leichnam für eine Sache hält, geringeren Anstoß an einer Verfügung nehmen, in der etwa die Verwendung eines durchgesägten Schädels als Trinkgefäß angeordnet wird, als derjenige, der ihn zwar für Sache, aber für eine verkehrsunfähige Sache hält, geschweige denn der, der den Leichnam für „Rückstand der Persönlichkeit" hält.

[2]) Die positiven gesetzlichen Vorschriften (z. B. §§ 168, 367, 1 Str. G. B., § 486 VI Str. P. O., wie auch die §§ 453—57 II 11 ALR.) geben keinen sichern Anhalt für die rechtliche Auffassung der Leiche.

[3]) Diese Anschauung ist nur wenig vertreten: cf. bezüglich der Literaturangaben Schultheis a. a. O. S. 21 fg., C. E. Cramer S. 20 fg. Besonders bemerkenswert ist die Aeußerung von Dernburg (Lehrbuch des Deutschen Privatrechts I § 67 Anm. 1): „Teile des menschlichen Körpers sind keine Sachen im Rechtssinn, sondern Organe des beseelten Rechtssubjektes. Sie werden jedoch mit dem Momente des Abschneidens verkehrsfähige Sachen und treten in das Privateigentum des bisherigen Trägers. Ferner wird der Körper des Menschen mit dem Tod, da er fortan nicht mehr das leibliche Organ eines Rechtssubjektes bildet, eine verkehrsfähige Sache, so jedoch, daß er dem Recht und der Sitte gemäß der Regel nach der Bestattung nicht entzogen werden soll". Von Neueren spricht sich besonders Oertmann a. a. O. c. cit. für die Sachqualität aus.

laß in Besitz nimmt, ohne weiteres als sichere Garantie für den Erblasser hinsichtlich der Durchsetzung seiner Anordnungen angesprochen werden können. Aber diese Ansicht vermag ebensowenig wie diejenige, nach der der Leichnam zwar Sache, aber nicht verkehrsfähige Sache ist oder trotz Sachqualität nicht zum Nachlaß gehört, zu befriedigen.[1]) Meines Erachtens büßt, wie Rausnitz[2]) mit Recht ausführt, der Leichnam als Ueberrest der Persönlichkeit sein Wesen als Rechtssubjekt nicht völlig ein. Wie der lebende menschliche Körper als integrierender Bestandteil der menschlichen Persönlichkeit niemals Sache ist, mit andern Worten, weil der Mensch selbst Rechtssubjekt und daher nicht Sache ist, so übt die Persönlichkeit auch noch nach dem Tode gewisse

[1]) Diese Ansicht in den verschiedensten Variationen wurde früher und wird heute vielfach vertreten. Für die ältere Literatur cf. insbesondere die Angaben bei Schultheis und Cramer a. a. O., außerdem Windscheid (Kipp) a. a. O. I § 147 Anm. 6, der den Leichnam für eine res extra commercium hält. Cramer a. a. O. S. 35 fg. hält den Leichnam für eine Sache im unjuristischen Sinn. Von Neueren haben sich für die Sachqualität insbesondere ausgesprochen: Gareis a. a. O. S. 65, 66, 3. Unzutreffend ist, daß über diesen Punkt, wie Gareis behauptet, ziemlich Uebereinstimmung herrscht; ferner Sandheim a. a. O., Enneccerus im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 § 114 I 1. S. 276, Leonhard a. a. O. § 1968 IV: der Leichnam sei eine herrenlose Sache; Fischer-Henle § 90 Anm. 4: er sei eine res extra commercium; Herzfelder bei Staudinger a. a. O. § 1922 IV 2 d mit weiteren Literaturangaben führt aus, der Körper des Verstorbenen gehöre nicht zu seinem Vermögen, also auch nicht zur Erbschaft; Josef a. a. O. meint, der tote menschliche Körper gehöre nicht zum Vermögen. Von Blume a. a. O. S. 376—78 hält den Leichnam für dem Verkehr entzogen. Auch scheint er ihn nicht für eine „Sache im Rechtssinne" zu halten, cf. S. 375 a. a. O. Letzten Endes kommt es, glaube ich, praktisch ziemlich auf dasselbe heraus, ob man sagt, der menschliche Körper wird durch den Tod zur Sache; diese Sache wird aber in vielen Beziehungen nicht als Sache behandelt (Enneccerus); oder ob man sagt, der menschliche Leichnam ist Rückstand der Persönlichkeit, und als solcher dem Verkehr entzogen (Kipp, Rausnitz), wenn man sich nur über die exzeptionelle Stellung des Leichnams und den Umfang dieser exzeptionellen Stellung klar ist.

[2]) In der Zeitschrift „Das Recht" 1903 S. 593 fg.

Nachwirkungen aus. Der Leichnam ist „Rückstand der menschlichen Persönlichkeit".[1]) Zugunsten dieser Auffassung spricht m. E., wenn man nicht schon durch die bestehende Bestattungspflicht auf die rechtliche Sonderstellung des Leichnams hingewiesen wird, die Rechtsüberzeugung, das herrschende Gewohnheitsrecht.[2]) Dagegen wird, glaube ich, durch Zeitablauf auch der Leichnam zur Sache, wenn nämlich die Persönlichkeit keine Nachwirkungen mehr ausübt.[3]) Auch tatsächlich in den Verkehr gekommene Leichen (z. B. Anatomieleichen) sind als Eigentumsobjekte anzusprechen.[4])

Den einzelnen Teilen des Leichnams wird man dann, wenn sie in keinem Zusammenhange miteinander mehr stehen, wenn das einheitliche Gebilde des Körperganzen nicht mehr zu erkennen ist, wenn der Verwesungsprozeß ein vorgeschrittenes Stadium erreicht hat, die Sacheigenschaft ebenso zusprechen müssen, wie wenn sie in den Verkehr gelangt sind.[5])

---

[1]) Cf. Kipp, Erbrecht S. 2 II.

[2]) Anderer Meinung Schultheis a. a. O. S. 27, 28 und Cramer a. a. O. S. 37. Uebereinstimmend Kipp a. a. O., Gierke a. a. O. Bd. 2 § 102 Anm. 67, Rausnitz a. a. O. Unentschieden R.G. in der angeführten Entscheidung.

[3]) Cf. Rausnitz a. a. O. Die Zeitperiode kann natürlich im konkreten Fall von verschiedener Dauer sein. Die Aehnlichkeit mit dem lebenden Menschen wird kein absolut ausschlaggebendes Moment für die Beantwortung der Frage, ob der Leichnam bereits Sache ist, bilden können. Denn auch menschenähnliche Mumien sind zweifellos Sachen. Sie stehen in dieser Beziehung den kaum noch als menschliche Körperteile kenntlichen Ueberresten aus Hünengräbern völlig gleich. Maßgebend ist allein der Zeitpunkt, in dem die dem menschlichen Leichnam erwiesene Pietät sich so verflüchtigt, daß man den Gedanken an das frühere Menschsein der betreffenden Ueberreste abstreift, wobei das Gefühl stärker beteiligt sein wird, als die schwerer vergessende Vernunft.

[4]) Cf. A. Kramer, „Ueber das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper", Berliner Dissertation 1887 S. 47.

[5]) Cf. Schultheis a. a. O. S. 34, 35, der auf die Analogie zu den vom lebenden Körper getrennten Teilen, die mögliche Gegenstände des Eigentums sind, hinweist (abgeschnittene Haare, ausgezogene Zähne usw.).

Die Auffassung, daß der Leichnam „Rückstand der Persönlichkeit“ ist, enthält im Keime bereits die richtige rechtliche Konstruktion der Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam.[1]) Nachdem die allgemeinen Schranken, die für Verfügungen von Todes wegen überhaupt gezogen, nachdem die mancherlei Bedenken, die gegen Verfügungen von Todes wegen über den Leichnam insbesondere bestehen, besprochen worden sind und auch eine Reihe von Anhaltspunkten für die richtige Anschauung derartiger Bestimmungen gewonnen ist, wird nunmehr die positive Konstruktion solcher Anordnungen des Erblassers geringere Schwierigkeiten verursachen.

Die tiefste Wurzel, die jede Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam hat, ist meines Erachtens das Persönlichkeitsrecht des Erblassers, über seinen Körper zu disponieren. Da sich heute die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte als absoluter Rechte bereits in weiten Kreisen durchgesetzt hat, so brauche ich auf dieses früher viel umstrittene Gebiet[2]) wohl nicht näher einzugehen. Es mag

[1]) So war es also auch von diesem Gesichtspunkt aus zweckmäßig, über die rechtliche Natur des Leichnams klar zu sehen.

[2]) Besonders beachtenswert war der von Kipp bei Windscheid I § 40 erhobene Widerspruch. Nach dessen dort ausgesprochener Meinung hat das BGB. nur die Auffassung, daß das objektive Recht die Person schützt, und aus seiner Verletzung erst ein subjektives Recht des Verletzten hervorgeht, nämlich eine Forderung aus unerlaubter Handlung. Aus der Anerkennung des Namensrechtes als eines absoluten Rechtes sei die Anerkennung anderer absoluter Persönlichkeitsrechte nicht zu folgern. Während bei einem absoluten Recht auf Unterlassung geklagt werden könne, ohne daß irgend ein Verschulden des anderen vorzuliegen brauche, könne man auf Grund von § 823 BGB. in Verbindung mit § 259 ZPO. nicht soweit kommen. Aber Kipp hat diese Auffassung bereits wesentlich modifiziert in Bd. 2 S. 959,7. Hier erkennt er eine Neubildung der Praxis an, nach der die Klage auf Unterlassung überall möglich ist, „wo die Verletzung eines Gutes zu befürchten ist, das überhaupt zu den gemäß § 823 fg. rechtlich geschützten gehört, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des zu Beklagenden“. Diese Neubildung wird, wenn sie feststeht, nach seiner Ansicht dahin führen, alle rechtlich geschützten Interessen als absolute Rechte aufzufassen Hiermit er-

hier nur kurz angedeutet werden, welche Gründe für die Existenz der sogenannten Persönlichkeitsrechte als absoluter

---

ledigt sich also der früher von Kipp erhobene Widerspruch gegen die Existenz absoluter Persönlichkeitsrechte. — Mit Recht hatte Kipp bereits früher sich gegen die Ausführungen von Savigny gewandt: die Annahme eines Rechtes an der eigenen Person führe in konsequenter Entwicklung zur Anerkennung eines Rechtes auf Selbstmord. Aus der Annahme eines solchen Rechts folgt vielmehr nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen mit seiner Handlung nicht unrecht tut. — Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 § 30 S. 167, 168 gelangt zu demselben Ergebnis wie Kipp früher. Begründung die gleiche. Auch Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1 S. 129, 135 fg., besonders 138 und 139 oben, und Bd. 2 S. 20 erkennt Persönlichkeitsrechte nur insoweit an, als sie durch die Rechtsordnung des einzelnen Staates gewährleistet sind. Aehnlich äußert sich Enneccerus, Allgemeiner Teil § 65, S. 161 und § 71 I in der 9. bis 11. Auflage. Er gibt zu, daß die Annahme einer Rechtsmacht an der eigenen Person nicht begriffswidrig ist, und leugnet auch nicht, daß eine Macht des Inhalts vorhanden ist, seine Individualität nach allen Richtungen hin zu entfalten. Aber diese Macht will er nicht als subjektives Recht anerkennen, er faßt vielmehr die Persönlichkeit als unzerstörbare Eigenschaft der Person auf. Ebensowenig wie ein allgemeines Persönlichkeitsrecht nimmt Enneccerus, abgesehen von den durch Rechtsvorschriften geschaffenen subjektiven Rechten, gesonderte Persönlichkeitsrechte an. Er will jedoch eine analoge Ausdehnung des Namensrechtes auf andere Personenrechte in einem dem Bedürfnis und der Absicht des BGB. entsprechenden Maße zulassen. Mit Recht hatte sich Hölder (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Birkmeyer) Bd. 45 (dritte Folge Bd. 9) S. 227 fg.) gegen die früher von Kipp (I § 40 a. a. O.) vertretene Auffassung gewandt: wenn man von der Auffassung ausgeht, daß das Recht die Herrschaft über eine Sache durch nichts als „durch Verbote an die dem Berechtigten Gegenüberstehenden verleiht", so besteht kein Grund, die Frage, ob ein zugunsten einer Person platzgreifendes Verbot ein Recht dieser Person oder nur die Möglichkeit eines durch seine Uebertretung ihr erwachsenden Rechts begründet, deshalb anders zu beantworten, weil das Verbot in einem Fall zugunsten jeder Person, im anderen Fall nur zugunsten solcher Personen besteht, zu deren Gunsten bestimmte Tatsachen seine Existenz begründen. — Das gegen diejenigen, die an Kipps früherer Begründung heute noch festhalten. Zweifelnd Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 § 163 I 1 c.

Rechte sprechen. Mit Recht ist m. E. von Gareis[1]) unter Hinweis auf die römische Statuslehre[2]), auf die römische und gemeinrechtliche actio iniuriarum aestimatoria[3]) und die germanische Selbmundschaft[4]) die Kategorie der von ihm aufgestellten „Individualrechte“[5]) aufrechterhalten und das Recht über den eigenen Körper und dessen freie Betätigung als primitivstes dieser Persönlichkeitsrechte bezeichnet worden.[6]) Zutreffend zieht Gareis ferner[7]) aus dem Persönlichkeitsrecht am eigenen Körper und an dessen Gliedern die Folgerung, daß eine Verfügung über den Körper im ganzen für den Fall des Todes zulässig ist. Aehnlich hat sich bereits vor Gareis Gierke ausgesprochen: „Aus dem Persönlichkeitsrechte fließt und nach ihm bemißt sich die Verfügungsmacht des Lebenden über den eigenen künftigen Leichnam.“[8]) Auch Gierke geht von der Existenz absoluter Persönlichkeitsrechte aus, deren Grenzen allerdings vorläufig noch fließend und unsicher seien,[9]) und faßt[10]) alle subjektiven Rechte außer ihrer selbständigen Existenz noch im allgemeinen Recht der Persönlichkeit zusammen. Mit Recht weist Gierke[11]) dann darauf hin, daß die in feste gesetzliche Formen gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff erschöpfen. „Vielmehr lassen sich empfindliche Lücken nachweisen. Zur Ausfüllung dieser Lücken muß da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies erheischt, auf das allgemeine Recht der Per-

[1]) Festgabe für Schirmer, Königsberg 1900.

[2]) S. 68 fg. a. a. O.

[3]) S. 71 fg. a. a. O.

[4]) S. 74 fg. a. a. O

[5]) Später von ihm „Individualitätsrechte“ genannt, da der Ausdruck „Individualrechte“ zur Bezeichnung der Einzelrechte von Gesellschaftsmitgliedern, insbesondere Aktionären, herkömmlich gebraucht wird und also vorweggenommen ist. Cf. S. 84 a. a. O.

[6]) Cf. S. 88 a. a. O.

[7]) S. 92 a. a. O.

[8]) Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 102 II.

[9]) A. a. O. Bd. 1 S. 704 fg.

[10]) Wie Regelsberger, Pandekten I § 50.

[11]) A. a. O. Bd. 1 S. 704.

sönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues Recht herausgeholt ist."[1])

[1]) Auch viele andere haben sich zugunsten der Persönlichkeitsrechte ausgesprochen: So führt Hellwig in seinem Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 § 31 D S. 213 aus, daß es auffällig sei, wie die wichtigsten Lebensgüter nicht als Rechtsgüter anerkannt seien. Er zitiert die Entscheidung des R. G. 48, 118 fg., in der u. a. gesagt wird, daß, wo das Gesetz eine Schadensersatzpflicht statuiere, es der Sache nach auch eine Verpflichtung zur Unterlassung enthalte. Auch in „Anspruch und Klagrecht" § 4 S. 37 fg. argumentiert Hellwig mit dem Gedanken, wenn bezüglich des geringwertigsten Sachgutes eine Klage auf Unterlassung zulässig sei, so könnten die höchsten Güter nicht schutzlos sein. Es sei nicht ausreichend, daß erst nach geschehener Verletzung dieser Güter Geldersatz verlangt werden könne. § 823 enthalte implicite die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte; und schließlich, die Existenz solcher Persönlichkeitsrechte sei so selbstverständlich, daß das Gesetz sie nicht erst auszusprechen brauche. Auch Kohler in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 1 S. 587 fg. nimmt ein allgemeines Persönlichkeitsrecht an, als das Recht, zu verlangen, daß die Person als vollgültige und geistige Persönlichkeit anerkannt wird. Ferner Dernburg, das Bürgerliche Recht Bd. 1 § 18 II unter Hinweis auf § 12 BGB. und § 37 HGB. Für ältere Literaturangaben cf. die ausgezeichneten Literaturübersichten bei Windscheid-Kipp a. a. O. I § 40 und Gareis a. a. O. S. 80 fg. Aus der Literaturübersicht von Gareis interessiert vielleicht besonders, daß bereits Kant in seiner Abhandlung „Ueber die Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks" und in den „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" das Recht zum Verlage als ein persönliches bejahendes Recht darstellt. — Bei den Ausführungen von Gareis, dem ich im übrigen zustimme, ist mir ein Bedenken gegen folgende Behauptung aufgestiegen: ohne das Persönlichkeitsrecht ließe sich ein obligatorisches Recht garnicht denken; denn ein „Ich", das nicht die rechtliche Herrschaft über eine Körperkräfte hätte, nicht Körperherr sei, könne sich niemandem zu Handlungen irgendwelcher Art verpflichten. (S. 95 a. a. O.) Das geht m. E. zu weit. Denken ließe sich schon ein obligatorisches Recht auch ohne die Annahme von Persönlichkeitsrechten, einfach kraft positiver Rechtssatzung. Richtig ist wohl nur, daß sich die obligatorischen Rechte in der von Gareis angenommenen Weise am besten erklären lassen. Am Ergebnis, der Annahme absoluter Persönlichkeitsrechte, wird hierdurch nichts geändert, sodaß Gareis mit Recht sagen kann, daß ohne die Persönlichkeitsrechte sich eine Lücke im Grundbau der Privatrechte befände.

Der Inhalt dieses allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit ist m. E. mit Hellwig[1]) als Beziehung des Individuums zu immateriellen Rechtsgütern zu definieren. Unrichtig ist es dagegen, mit Gierke von Rechten zu sprechen, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten.[2]) Denn mit Recht weist Hellwig darauf hin, daß der von der Seele belebte Körper selbst Rechtssubjekt ist; und Dernburg[3]) führt aus, daß die Ehre, eines unserer wichtigsten Persönlichkeitsgüter, durchaus nicht unserer Herrschaft unterworfen ist. Die Gierkesche Definition scheitert also an konstruktiven Schwierigkeiten.

Bereits vorher war erwähnt worden, daß Gierke die gesetzliche Regelung der Persönlichkeitsrechte nicht erschöpfend findet, und daß er sich herausstellende Lücken durch Ergänzung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechte ausfüllen will, wenn das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies erheischt. Eine solche Lücke ist m. E. bei Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam durch Ergänzung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechte zu beseitigen. Wie es anerkannt ist, daß der Mensch zu Lebzeiten kraft seines Persönlichkeitsrechtes die Dispositionsbefugnis über seinen Körper hat, so fließt auch die Verfügungsmacht des Lebenden über seinen Leichnam aus dem Persönlichkeitsrechte.[4])[5])[6])

[1]) Lehrbuch des Deutschen Zivilgrozeßrechts Bd. 1 § 31 D. S. 213.

[2]) A. a. O. Bd. 1 S. 704.

[3]) Das Bürgerliche Recht Bd. 1 § 18 II.

[4]) Cf. Gierke a. a. O. Bd. 2 § 102 II; Gareis a. a. O. S. 92.

[5]) Geht man aber von diesem Grundgedanken aus, so muß man auch m. E. die Konsequenz ziehen, daß grundsätzlich die Dispositionen des Erblassers über seinen eigenen Leichnam entgegenstehende Wünsche der Angehörigen beseitigen. Cf. S. 60 fg. meiner Arbeit. Es ist kein Grund einzusehen, aus dem ihr Recht, über den Leichnam des Verstorbenen zu verfügen, stärker sein sollte als das des Erblassers selbst. Das Verfügungsrecht der Hinterbliebenen ist vielmehr gegenüber dem des Erblassers subsidiärer Natur.

[6]) Der hier gewonnene Standpunkt, daß das Verfügungsrecht des Lebenden über seinen Leichnam aus dem allgemeinen Persön-

Erbrechtlich kann sich dieses Verfügungsrecht in der „Auflage" manifestieren. So ist denn der an die Spitze der Erörterungen gestellte Satz: Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams können den Inhalt einer Auflage bilden, begründet. Und die grundsätzliche Rechtswirksamkeit derartiger Auflagen steht nunmehr fest.

Aber damit ist die Frage nach ihrer praktischen Ausführung noch nicht beantwortet. Das BGB. enthält eine Reihe von Bestimmungen, die zur Erfüllung der Auflage nötigen sollen. Zunächst gibt § 2194, um die Schwäche der Auflage, das Fehlen eines eigentlich Berechtigten[1]) zu beseitigen, einer Anzahl von Personen[2]) das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen:

---

lichkeitsrecht fließt, wird auch die Entscheidung in den früher gegebenen Beispielen letztwilliger Verfügungen auf eine sichere Grundlage stellen. So ist u. a. auch die früher angeführte Entscheidung des RG. (cf. S. 37 fg. meiner Arbeit) im Ergebnis zu rechtfertigen. Während die früheren Ausführungen die praktische Behandlung derartiger Verfügungen von Todes wegen zeigten, ist jetzt ihre dogmatische Basis festgelegt.

[1]) Cf. die Definition der Auflage in § 1940 BGB.: „Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden."

[2]) Der Streit, der sich darüber entsponnen hat, ob diese Personen ein „Forderungsrecht im technischen Sinne" oder nur eine mehr „formale Befugnis" haben, eine Leistung von jemandem zu verlangen, ist sachlich bedeutungslos. Ob man sagt, es liegt zwar ein Forderungsrecht im technischen Sinne vor, aber die Zwangsvollstreckung vollzieht sich nicht zugunsten des Forderungsberechtigten (da entweder der Empfänger der Leistung ein anderer ist als der die Zwangsvollstreckung betreibende „Gläubiger" oder ein Empfänger überhaupt nicht vorhanden ist, so z. B. bei der Errichtung eines Grabdenkmals), oder ob man sagt, der nach § 2194 Berechtigte habe nur eine formale Befugnis, ist gleichgültig, da man sich über den Umfang der Berechtigung aus § 2194 einig ist. — Dem Geiste des Gesetzes, dem Zwecke des § 2194, der darin besteht, daß möglichst die Anordnungen des Erblassers ausgeführt werden sollen, entspricht es m. E. jedenfalls mehr, dem Berechtigten eine Quasivollstreckerstellung, nicht aber ein Forderungsrecht im technischen Sinne einzuräumen. So auch Kipp bei Windscheid III S. 720 unten und ins-

1. dem Erben. Voraussetzung ist hier natürlich, daß der modus einem Vermächtnisnehmer auferlegt ist. Das Recht, von diesem die Erfüllung der Auflage zu verlangen, kann allerdings bei Verfügungen von Todes wegen unmittelbar über den eigenen Leichnam nur dann praktisch werden, wenn der Vermächtnisnehmer einer der Hinterbliebenen ist, denen nach „Sitte und Herkommen" die Verfügungsbefugnis über den Leichnam zukommt. Andernfalls fehlt ihm, obwohl ihm der modus auferlegt ist, die Sachlegitimation im Prozeß mit dem „Auflageberechtigten". Praktisch wird wohl auch eine solche Verfügung unmittelbar über den eigenen Leichnam, die einem Vermächtnisnehmer, der nicht Angehöriger des Erblassers ist, auferlegt wird, kaum vorkommen. Immerhin durfte an der Möglichkeit nicht achtlos vorübergegangen werden.

Faßt man dagegen Verfügungen von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams im weiteren Sinne[1]), so kann auch ein Vermächtnisnehmer, der nicht „Hinterbliebener" ist, mit ihr belastet werden. Einer Klage des sogenannten Auflageberechtigten steht mangelnde Sachlegitimation des Beklagten hier nicht im Wege.

Ist der Vermächtnisnehmer aber ein Hinterbliebener, der die Verfügungsbefugnis über den Leichnam des Erblassers hätte, wenn dieser nicht selbst eine Verfügung ge-

---

besondere Kipp, Erbrecht § 113 III 4: „Alle Auflageberechtigte verlangen nicht Leistung für sich, sondern zu einem dritten Zweck." So auch Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 222 c. cit.; Herzfelder bei Staudinger § 2194, 1. Ferner Saucke a a. O. S. 78, Lemke a. a. O. S. 40. A. M. Strohal, Erbrecht I § 6, Schultze, Treuhänder im geltenden Recht S. 88 fg. in Iherings Jahrbüchern Bd. 43. Den Ausführungen Schultzes stimmt zu: Gottbehüt a. a. O. S. 31 fg. Gegen die fiduziarische Eigenschaft dieses Rechtes spricht, worauf Leonhard, Erbrecht § 2194 II C. mit Recht hinweist, daß dessen Eigentümlichkeit, ein Unterschied zwischen dem Zweck und dem Umfange des Rechts, hier nicht vorliegt.

[1]) Der Erblasser hat z. B. einen bekannten Bildhauer mit einem Vermächtnis bedacht, das Vermächtnis aber mit der Auflage beschwert, ihm ein Grabdenkmal zu errichten.

troffen hätte, so kann gegen ihn auf Erfüllung der Auflage auch bei Anordnungen unmittelbar über den Leichnam geklagt und, da bei derartigen Bestimmungen in der Regel nicht viel Zeit zu verlieren ist, eine einstweilige Verfügung erwirkt werden.[1]) Nun ist zu unterscheiden:

a) Handelt es sich um eine Anordnung des Erblassers, kraft deren der Auflagebeschwerte eine Sache herausgeben oder leisten soll[2]), so findet eine zwangsweise Verwirklichung der Anordnung des Erblassers statt.[3])

b) Handelt es sich dagegen nicht um Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen, sondern um die Verpflichtung des Beschwerten, eine Handlung vorzunehmen[4]), so ist zu prüfen, ob die Vornahme der Handlung durch einen Dritten erfolgen kann.

1. Kann die Verfügung durch einen Dritten ausgeführt werden[5]), so kann der klageberechtigte Erbe auf Antrag ermächtigt werden, die Handlung auf Kosten des Vermächtnisnehmers selbst vorzunehmen.[6])

2. Kann die Verfügung durch einen Dritten nicht ausgeführt werden, und hängt ihre Ausführung ausschließlich von dem Willen des Beschwerten ab[7]), so ist ein direkter

---

[1]) Cf. § 935 fg. ZPO.

[2]) So z. B. Besorgung eines wertvollen Sarges, von Sträuchern für den Grabhügel.

[3]) Cf. §§ 883, 884 ZPO. Die Zwangsvollstreckung vollzieht sich in der gewöhnlichen Weise. Cf. Saucke a. a. O. S. 128 fg.

[4]) Der Erblasser hat z. B. angeordnet, der Auflagebeschwerte solle ihm die Augen zudrücken.

[5]) Z. B. das Pflanzen von Sträuchern auf dem Begräbnisplatz.

[6]) Cf. § 887 ZPO. „Gläubiger" und „Schuldner" im Sinne der ZPO. sind auch der Auflageberechtigte und der Beschwerte.

[7]) Der Erblasser hat z. B. angeordnet, der Beschwerte solle eine Beschreibung seiner letzten Stunden in der Zeitung veröffentlichen. Bestimmt der Erblasser dagegen z. B., der Beschwerte solle ein „schönes" Gedicht verfassen, dessen Verse als Grabinschrift verwandt werden sollen, so ist diese Leistung nicht ausschließlich vom Willen des Beschwerten abhängig (insbesondere wenn der Beschwerte eine vollkommen prosaische Natur ist), sofern sich der Erblasser nicht etwa

Zwang nicht möglich. Vielmehr ist nur zulässig, daß auf Antrag des Berechtigten der Beschwerte zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrag von 1500 Mark oder durch Haft angehalten wird.[1])

c) Ist der Auflagebeschwerte mit der Verpflichtung belastet, eine Willenserklärung abzugeben, so sind m. E. zwei Fälle zu trennen:

1. Handelt es sich um eine Willenserklärung, die einem Privaten gegenüber abzugeben ist[2]), so kann der Wille des Erblassers im allgemeinen nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Denn § 894 I l. Z.P.O.[3]) ist auf diesen Fall nicht anwendbar, da nicht eine Erklärung vorliegt, die dem Kläger gegenüber abzugeben ist[4]), oder die überhaupt nicht empfangsbedürftig ist.[5])

---

auch mit einem Gedicht begnügt hätte, dessen fabrikmäßige Herstellung keine besonderen Geistesfähigkeiten erfordert. Wünscht der Erblasser aber ein wertvolles selbstverfaßtes Poem, so wird der Beschwerte die Zuwendung erhalten können, ohne die Leistung zu bewirken, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde. § 2195 BGB. Es besteht also eine Vermutung dafür, daß der Erblasser dem Beschwerten die Zuwendung trotz Nichterfüllung belassen will, eine Vermutung, die aber durch die ausdrückliche Bestimmung des Erblassers oder auch durch den sich aus dem Testament ergebenden gegenteiligen Willen, z. B. besonders dann, wenn es dem Erblasser bei der ganzen Zuwendung nur auf die Auflage ankam, entkräftet werden kann.

[1]) Cf. § 888 ZPO.

[2]) Der Erblasser hat etwa angeordnet, der Vermächtnisnehmer solle einem bekannten Bildhauer den Auftrag erteilen, zu Ehren des Erblassers ein Grabdenkmal zu meißeln.

[3]) „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."

[4]) Der klagende Erbe müßte denn selbst der Bildhauer sein. In diesem Falle greift allerdings § 894 ZPO. durch.

[5]) Cf. Kipp, „Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen"; Sonderabdruck aus der Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolf von Iherings fünfzigjährigem Doktorjubiläum S. 81 (41). Mit Recht weist Kipp (S. 82) 42 darauf hin, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann,

Wenn die Willenserklärung nur das Element einer auferlegten Handlung bildet[1]), so wird sich der Kläger in der Regel auch nicht ermächtigen lassen können, die Handlung auf Kosten des Beschwerten selbst vorzunehmen[2]), da gewöhnlich dem Erblasser die Handlung eines Dritten, als Handlung eines Dritten, nicht genügt haben würde, der Erblasser vielmehr eine Handlung des Beschwerten selbst verlangt hätte. Die Ermächtigung nach § 887 ZPO. ersetzt eine Vollmacht zum Handeln im Namen des Schuldners nicht.[3]) Die übrigbleibende Klage auf das Interesse[4]) kommt hier nicht in Betracht, da das Interesse des Erblassers nur auf Ausführung der auferlegten Handlung geht.

2. Wenn der Verstorbene dagegen den Beschwerten mit einer Auflage belastet hat, nach der der Auflagepflichtige eine Willenserklärung gegenüber einer Behörde abgeben soll, so ist die Anordnung des Erblassers m. E. durchsetzbar.[5]) Hier

„durch das Urteil in einem Prozesse, an welchem der Dritte nicht beteiligt ist, von welchem er vielleicht gar keine Kenntnis hat und keine Notiz zu nehmen verpflichtet ist, dieselben Wirkungen eintreten zu lassen, zu deren Begründung es einer dem Dritten gegenüber abzugebenden Erklärung bedarf". A. M. Stein, die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar Bd. 2 S. 796 Anm. 18 fg. c. cit. mit der Begründung, es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, § 894 für Erklärungen gegenüber einem Dritten auszuschließen, wenn man ihn bei Erklärungen gegenüber einer Behörde durchgreifen lasse.

[1]) Wenn der Beschwerte die Wahl hat zwischen der Willenserklärung und einer anderen Leistung, er soll z. B. entweder einen Künstler mit der Herstellung des Grabdenkmals beauftragen oder einen marmornen Grabstein setzen lassen, so ist § 894 nicht anwendbar. Cf. Kipp a. a. O. S. 41 (81), Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, aus der Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze § 894, l. c. cit. Hier hilft der indirekte Zwang des § 888 ZPO. oder die Ermächtigung des Klägers nach § 887 ZPO. Cf. auch Text.

[2]) Gemäß § 887 ZPO., wenn die Handlung durch einen Dritten vorgenommen werden kann.

[3]) Cf. Kipp a. a. O. S. 133 (93) fg.

[4]) Cf. § 893 I ZPO.

[5]) Anderer Meinung, soviel ich gesehen habe, nur Kipp a. a. O. S. 83 (43 fg.). Cf. Stein a. a. O.

greifen die Gründe, die Kipp bei Willenserklärungen gegenüber einem Privaten geltend macht, nicht durch, da der Kläger durch seinen eigenen Antrag die Tätigkeit der Behörde in Bewegung setzen kann, „indem die Einwilligung des Beklagten in den vom Kläger zu beantragenden Akt fingiert wird, und die Vorlage des Urteils zum Ausweis hierüber dient.“[1]) Denn der Behörde kann es gleichgültig sein, wer den Antrag stellt, wenn ein Urteil vorliegt, kraft dessen der Beklagte zur Stellung dieses Antrages verurteilt ist. Ferner geht aus dem neuen § 896 ZPO. unzweifelhaft hervor[2]), daß die gesetzliche Fiktion des § 894 ZPO. auch für Anträge gegenüber einer Behörde Platz greift.

Diese Erörterungen können praktisch einen sehr erheblichen Wert gewinnen, wenn der Erblasser etwa einen bestattungspflichtigen Vermächtnisnehmer damit beschwert hat, den Leichnam des Erblassers verbrennen[3]) zu lassen, dieser

---

[1]) Kipp a. a. O. S. 83, 84. (43, 44).

[2]) Wie Stein a. a. O. mit Recht hervorhebt.

[3]) Zuzustimmen ist Kipp, Erbrecht § 113 Anm. 1 a. E., daß bei diesem Fall einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam durch das preußische Feuerbestattungsgesetz vom 14. 9. 11 nicht etwa grundsätzlich anerkannt ist, daß die für die Zulassung der Feuerbestattung erforderliche Anordnung des Erblassers eine weitere privatrechtliche Kraft hat, als sich aus dem Bürgerlichen Recht ergibt. Diese Anordnung ist „an sich nur verwaltungsrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verbrennung“. Aehnlich von Blume a. a. O. S. 404 Anm. 37. Cf. für die ganze Frage der Feuerbestattung die übersichtliche, wenn auch keine neuen Gesichtspunkte bringende Darstellung bei Pinzger, Gesetz betreffend die Feuerbestattung. Pinzger kommt zu dem Ergebnis (S. 99 fg.): „Nach bürgerlichem Recht kann kein Zweifel herrschen, daß die letztwillige Anordnung der Feuerbestattung gültig und bindend ist.“ — Die Bezugnahme des RG. in der angeführten Entscheidung auf den gestrichenen Paragraphen 2225 ist, wie Kipp a. a. O. ausführt, ein unsicheres Argument. Denn dort war die Rede von Anordnungen über das Begräbnis, ohne daß näher ersichtlich gewesen wäre, wie weit sie reichen dürften. — Dagegen dürfte man sich nicht an dem Ausdruck „Begräbnis“ stoßen. A. M. Herzfelder bei Staudinger § 1968, 4: die Feuerbestattung sei im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift und die Motive nicht unter den Begriff „Beerdigung“ zu

aber den nach § 7 II des preußischen Feuerbestattungsgesetzes erforderlichen Antrag nicht stellt. In diesem Falle ist die Verfügung des Erblassers erzwingbar, da der Erbe unter Vorlegung des Urteils seinerseits den Antrag stellen kann.

Auch hier ist allerdings wieder eine Einschränkung zu machen, eine Einschränkung, die generelle Bedeutung hat und nicht nur bei der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht kommt: wenn die Ausführung der angeordneten Feuerbestattung höhere Kosten verursacht, als der Wert der Zuwendung beträgt, so kann der Vermächtnisnehmer nach § 2187 BGB. die Erfüllung verweigern, da „dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht". Es ist also entweder eine billigere Feuerbestattung zu vollziehen, als sie der Erblasser gewünscht hat, oder, wenn auch die billigste Feuerbestattung

subsumieren. Wenn Herzfelder diese Ansicht auch bei Gelegenheit der Pflicht des Erben, die Beerdigungskosten des Erblassers zu tragen, erwähnt, so gewinnt sie doch wohl auch im Zusammenhange mit dem gestrichenen § 2225 Bedeutung. Die Motive (IV S. 699), auf die sich Herzfelder hier bezieht, geben an: auf die Feuerbestattung besondere Rücksicht zu nehmen, und deshalb von „Bestattung", nicht von „Beerdigung" zu reden, sei als nicht erforderlich, ja, als bedenklich erschienen. Gegen Herzfelder cf. Frommhold, Erbrecht § 1968, 3: der Begriff der „Beerdigung" sei in weiterem Sinne zu nehmen, so daß auch die Feuerbestattung darunter zu verstehen sei. M. E. muß dem Wandel der Zeiten Rechnung getragen werden und „Beerdigung" daher in weiterem Sinne interpretiert werden. — Aber selbst wenn man dem RG. folgt und unter „Begräbnis" auch Leichenverbrennung versteht, so ist aus der Zulässigkeit derartiger Anordnungen noch nicht zu entnehmen, inwieweit sie erzwingbar sind, ob sie von den Hinterbliebenen respektiert werden müssen usw. So kommt man m. E. nicht darum herum, eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam auf das Persönlichkeitsrecht des Erblassers zurückzuführen. — Ein Sonderfall mag in diesem Zusammenhange noch erwähnt werden: wenn der Erblasser Feuerbestattung seines Leichnams angeordnet, die Person des Beschwerten aber nicht genannt hat, und nur eine Person als bestattungspflichtig nach § 7 II des preuß. Feuerbest.-Ges. zur Stellung des Antrages berechtigt ist, so gilt auch diese als beschwert, um die Durchführung der Anordnung zu ermöglichen. Cf. §§ 2084, 133 BGB.

mit den vorhandenen Mitteln nicht zu bestreiten ist, die Feuerbestattung aufzugeben.

Eine weitere Einschränkung von allgemeiner Bedeutung ist dann gegeben, wenn ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter mit einer Auflage beschwert ist, während der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.[1]) Hier braucht der Pflichtteilsberechtigte die Auflage nicht zu erfüllen. Also ist auch eine Verfügung von Todes wegen über den Leichnam (angeordnet in einer Auflage) in solchen Fällen nicht erzwingbar.

Per argumentum a minore ad maius ist eine solche Unwirksamkeit anzunehmen, wenn Erben und Hinterbliebene divergieren. Denn wenn schon der zum Erben in Höhe des Pflichtteils berufene Pflichtteilsberechtigte die Erfüllung der Auflage verweigern kann, um wieviel weniger braucht dann der nicht zum Erben berufene (enterbte) Pflichtteilsberechtigte zur Ausführung solcher Anordnung des Erblassers beizutragen!

Ich gebe hier folgendes Beispiel: der Erblasser hat einen Fremden zum Erben berufen und Feuerbestattung seines Leichnams angeordnet. Sind nun Angehörige vorhanden, so muß einer von ihnen zur Feuerbestattung mitwirken,[2]) indem er den erforderlichen Antrag stellt. Nun kann aber der eingesetzte Erbe gegen einen solchen Angehörigen nicht

---

[1]) § 2306 BGB.

[2]) Cf. § 7 des preußischen Feuerbestattungsgesetzes und Ausführungsanweisung vom 29. 9. 11 zu 7 b. Hiernach ist Antrag eines Bestattungspflichtigen erforderlich. Bestattungspflichtig sind nach §§ 453 bis 457 II 11 ALR. die Angehörigen. — Ausführungsanweisung a. a. O.: „Die Frage, wer im Sinne des Abs. 2 des § 7 als bestattungspflichtig anzusehen ist, beantwortet sich ausschließlich nach den Normen des öffentlichen Rechts. In der Regel wird bestattungspflichtig derjenige sein, in dessen Gewahrsam sich die Leiche des Verstorbenen befindet — also in den meisten Fällen dessen Angehörige." Hierzu ist zu bemerken, daß praktisch zwar der Gewahrsam den Ausschlag geben wird, aber rechtlich jedenfalls an der Bestattungspflicht der „Hinterlassenen" (Angehörigen) als solcher gemäß §§ 453—457 II 11 ALR. festzuhalten ist.

mit Erfolg auf Antragstellung klagen. Denn wie käme der übergangene Hinterbliebene dazu, zu irgendwelchen Handlungen gezwungen zu werden, wenn der Erblasser sich selbst durch Enterbung die Möglichkeit geraubt hat, ihn zu verpflichten[1]).

2. Die Vollziehung der Auflage können ferner nach § 2194 die Miterben verlangen. Der Anspruch richtet sich gegen die andern Miterben. Im übrigen vgl. zu 1.

3. Ganz allgemein kann jeder, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Erfüllung der Auflage von dem Beschwerten verlangen. Solche Personen sind z. B. die Ersatz- oder Nacherben (als Ersatzerben), die nächsten gesetzlichen Erben, Mitvermächtnisnehmer usw. Im übrigen vgl. zu 1.

4. Liegt ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage vor[2]), so kann auch die zuständige Behörde die Erfüllung des modus verlangen. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach Landesrecht[3]). Im übrigen vgl. zu 1.

5. Auch der Testamentsvollstrecker gehört, obwohl er in § 2194 nicht erwähnt ist, zur Zahl der sogenannten Auflageberechtigten[4]). Hier ergeben sich Abweichungen, von den zu 1 angeführten Grundsätzen[5]).

Außer § 2194 gibt auch § 2195[6]) — wenn auch in sehr beschränktem Umfange — für eine Reihe von Fällen

---

[1]) Wie der Erblasser aber in allen den hier angeführten Fällen seine Wünsche durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers gleichwohl durchsetzen kann, darüber vgl. später S. 87 fg. meiner Arbeit.

[2]) Der Erblasser hat z. B. die Beerdigung seines Leichnams in seinem Parke angeordnet, den er gleichzeitig dem Zutritt des Publikums eröffnen will. Es wird unterstellt, daß die eine Bestimmung ohne die andere nicht getroffen worden wäre.

[3]) Für Preußen vgl. A. V. Art. 7 (vom 6. 11. 1899): das betreffende Ministerium oder die von ihm beauftragte Behörde.

[4]) Ueber ihn vgl. S. 87 fg. meiner Arbeit.

[5]) Auch darüber vgl. S. 87 fg. meiner Arbeit.

[6]) „Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde."

eine gewisse Kautel dafür, daß die Anordnungen des Erblassers befolgt werden. In allen den Fällen nämlich, in denen sich aus dem Testament ergibt, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde, geht der Auflagebeschwerte der ganzen Zuwendung verlustig, wenn er die Anordnung des Erblassers nicht ausführt. Es wird also hier ein indirekter, aber sehr starker Druck auf den Belasteten ausgeübt.

Auch § 2196 bietet dem Testator eine gewisse Gewähr. Denn derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, kann, wenn die Vollziehung einer Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich wird oder der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, rechtskräftig verurteilt ist und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen ihn angewandt sind, von dem Belasteten die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Bemerkenswert ist, daß eine Auflage, wenn nicht der Wille des Erblassers entgegensteht, auch dann wirksam bleibt, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird. „Beschwert ist in diesem Fall derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt.“[1])

Für die praktische Durchführung einer Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam ist ein Rat Jastrows[2]) beachtenswert, daß die Anordnungen in einem eigenhändigen privatim aufbewahrten Testamente getroffen werden sollen, damit die Angehörigen die Anordnungen rechtzeitig befolgen können. Auch einen andern praktischen Wink[3]) möchte

[1]) Cf. Herzfelder bei Staudinger a. a. O. § 2192 II 2 und § 2161. Dieses Ergebnis ist nach 2192 in Verbindung mit § 2161 unzweifelhaft richtig.

[2]) Formularbuch auf Grundlage des BGB. II S. 284 § 14.

[3]) Gegeben von Markus a. a. O.

ich anführen: der Erblasser beschwert den Erben für den Fall, daß die Ausführung der Verfügung (z. B. der Feuerbestattung) unterbleibt, mit einem verhältnismäßig großen Vermächtnis.

Man sieht, wie mit den verschiedensten Mitteln Gesetz und Juristen die Durchführung der Auflage zu fördern versuchen. Die ganz besonderen Schwierigkeiten, die sich insbesondere der Vollziehung einer Auflage entgegenstellen, die eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam zum Inhalt hat, beruhen darauf, daß der Leichnam des Verstorbenen sich in der Regel im Gewahrsam seiner Angehörigen befindet, und diese, wenn sie die Anordnung des Verstorbenen nicht respektieren, zwar allerhand Nachteile erleiden, aber in manchen Fällen[1]) nicht zur Erfüllung ihrer dem Erblasser gegenüber obliegenden Pflicht gezwungen werden können. M. E. hat aber der Erblasser ein Mittel, um seine Anordnungen stets durchzusetzen, vorausgesetzt nur, daß im Nachlaß die Mittel zur Ausführung vorhanden sind: Bestellung eines Testamentsvollstreckers. Von ganz besonderer Bedeutung wird ein solcher Testamentsexekutor sein, wenn anzunehmen ist, daß der aus § 2194 Klageberechtigte sich mit dem Verpflichteten darüber einigen könnte, die Bestimmung des Erblassers nicht zur Ausführung zu bringen[2]).

Im Einzelfall kann der Testamentsvollstrecker, dessen Bestellung gegenüber dem Testamentserben, gesetzlichen Erben, Vertragserben[3]) und Vermächtnisnehmer[4]) denkbar und zulässig ist, eine je nach dem Willen des Erblassers verschiedene Stellung einnehmen.

Der unbeschränkte Testamentsvollstrecker hat nach § 2203[5]) die letztwilligen Verfügungen des Erblassers aus-

[1]) Cf. oben S. 77 fg. meiner Arbeit.

[2]) Diese Gefahr wird besonders groß sein, wenn der Erblasser seine Angehörigen zu Miterben einsetzt und sie etwa zur Verbrennung seines Leichnams verpflichtet. („Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter.")

[3]) Cf. unten S. 92/93 meiner Arbeit.

[4]) Cf. § 2197 fg., § 2223.

[5]) Voraussetzung ist, daß der Testamentsvollstrecker zur Ausführung der dem Erben auferlegten Beschwerung eingesetzt ist. Beweis: § 2223.

zuführen. § 2203 beschränkt sich nun durchaus nicht auf solche letztwillige Verfügungen, die das vererbliche (zu vererbende) Vermögen (Nachlaß) betreffen[1]). Wenigstens ist es im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen, daß eine solche Beschränkung stattfinden soll. Ferner wird man sagen können, daß, wenn Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam rechtlich als wirksam anzuerkennen sind, auch ihre Vollstreckung im Sinne des Gesetzes liegt. Ausschlaggebend aber ist m. E. folgendes Argument: wie der Testamentsvollstrecker hinsichtlich vermögensrechtlicher Bestimmungen den Willen des Erblassers entgegen dem der Erben zur Ausführung bringt, wie er den Nachlaß in Besitz nimmt, so ist mit Hilfe eines Analogieschlusses dem Testamentsvollstrecker auch hinsichtlich nichtvermögensrechtlicher Bestimmungen des Erblassers eine Befugnis zuzusprechen, die dem Willen der Erben und auch der Hinterbliebenen zuwider den Anordnungen des Erblassers zur zwangsweisen Ausführung verhelfen kann. Als Mittel zu diesem Zweck erhält der unbeschränkte Testamentsvollstrecker ähnlich wie auf vermögensrechtlichem Gebiete den Besitz des Nachlasses, so hier die Disposition über den Leichnam des Verstorbenen kraft eines Rechtes, das sich den herkömmlichen Schablonen allerdings nicht recht fügen will, das man aber vielleicht als ausschließliches Verfügungsrecht auf der durch den Willen des Erblassers geschaffenen persönlichkeitsrechtlichen Basis bezeichnen kann[2]).

---

[1]) Der Leichnam gehört nicht zum Nachlaß. Cf. S. 68 fg. meiner Arbeit. Daher muß hier erörtert werden, ob der Testamentsvollstrecker, der nach dem Gesetz nur zur Inbesitznahme des Nachlasses befugt ist, auch Anordnungen des Erblassers, die sich nicht auf das Vermögen beziehen, durchsetzen kann.

[2]) Damit erledigt sich der von Kipp, Erbrecht § 113 Anm. 1 erhobene Einwand: die Aufstellung eines Testamentsvollstreckers, der dingliche Verfügung über den Leichnam hätte, würde voraussetzen, daß der Leichnam zum Nachlaß gehöre; das sei aber nicht zuzugeben. — Im wesentlichen übereinstimmend mit der im Text vertretenen Anschauung, aber ohne, oder ohne zutreffende Begründung: Leonhard a. a. O. § 2203 III; Strohal, Erbrecht (nicht im Planck-

Wesentlich schwächer ist die Stellung des sogenannten beschränkten Testamentsvollstreckers[1]). Aber er kann wenigstens die Ausführung der Verfügung des Erblassers verlangen, „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist“[2]). Somit gehört der Testamentsexekutor in den Kreis der sogenannten Auflageberechtigten[3]). Auch die Bestellung eines beschränkten Testamentsvollstreckers wird also zur Verstärkung der Position des Erblassers beitragen, wenn sie hierdurch auch nicht zu einer absolut gesicherten wird[4]).

Ferner berücksichtigt § 2223 den Fall, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennt, der für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung sorgt. Maßgebend dafür, welche Stellung dieser Testamentsvollstrecker einnimmt, ist der Wille des Erblassers; auch hier kann der Testamentsvollstrecker also wieder eine unbeschränkte und eine beschränkte Stellung haben. Vgl. im übrigen die vorhergehenden Ausführungen.

Um das Ergebnis zusammenzufassen: der Erblasser kann, vorausgesetzt, daß die nötigen Mittel im Nachlaß vorhanden sind, durch Ernennung eines unbeschränkten Testamensvoll-

---

schen Kommentar) I § 6 Anm. 6; das RG. in der angeführten Entscheidung; Kohler, Studien aus dem Strafrecht I S. 207 fg.: der Erblasser könne letztwillig Personen ernennen, die eine Dispositionsbefugnis über seinen Leichnam erhalten sollten, sofern dies nicht contra bonos mores sei; Markus a. a. O. unter Hinweis auf §§ 2203, 2211 BGB. Unrichtig ist hier die Berufung auf § 2211, da der Leichnam nicht „Nachlaßgegenstand“ ist. Nur eine Analogie kann zum Ziele führen.

[1]) Cf. § 2208 BGB.; auch hier ist Voraussetzung, daß die Beschwerung einem Erben auferlegt ist. Cf. § 2223 BGB.

[2]) Cf. § 2208 II BGB.

[3]) Cf. S. 77 fg. meiner Arbeit. Denkbar ist übrigens auch, daß der unbeschränkte Testamentsvollstrecker zunächst die Ausführung der Anordnungen des Erblassers von dem Beschwerten verlangt; denn das stärkere Recht des § 2203 schließt das mindere des § 2208 II in sich. Bemerkenswert ist, daß in den Fällen des § 1960 vom Nachlaßgericht nach § 1961 ein Nachlaßpfleger zu bestellen ist, gegen den die Klage eventuell gerichtet werden kann.

[4]) Cf. insbesondere S. 78 fg. meiner Arbeit.

streckers die Durchführung seiner Anordnungen über den Leichnam stets erreichen. — Ich bin absichtlich auf die vielumstrittene Frage nach der Stellung des Testamentsvollstreckers hier nicht eingegangen, da ich seine Bedeutung für das hier behandelte Thema mit den voranstehenden Ausführungen auch ohne ein solches Eingehen festlegen zu können glaubte.

Aber eine in diesem Zusammenhang hervorgetretene Ansicht muß doch näher betrachtet werden, da aus ihr ein „dingliches" Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers über den Leichnam des Erblassers gefolgert werden könnte. Leonhard[1]) steht auf dem Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker den Erblasser vertritt. Aber diese Konstruktion scheitert daran, daß der Vertretene tot ist[2]). So wird man die Leonhardsche Auffassung von der Stellung des Testamentsvollstreckers nicht zur Unterstützung der hier verfochtenen These verwenden dürfen, daß der Testamentsvollstrecker wirksame Verfügungen des Erblassers über seinen Leichnam zwangsweise ausführen kann. M. E. genügen aber die angeführten Gründe auch, um diese Behauptung hinlänglich zu stützen.

Mit dem so gewonnenen Ergebnis erledigt sich auch der Vorschlag Sauckes[3]), de lege ferenda sei zu erwägen, ob nicht die Vollziehung der Auflage in die Hand des Nachlaßgerichtes zu legen sei. Eine solche Regelung ist überflüssig, da der Erblasser durch Ernennung eines unbeschränkten Testamentsvollstreckers die Durchführung seiner Anordnungen stets erzwingbar gestalten kann.

[1]) Cf. § 2197 II A a. a. O.

[2]) So auch die herrschende Meinung. Cf. die Literaturangaben von Herzfelder bei Staudinger a. a. O. § 2197, besonders S. 544. Es kann wohl auch darauf hingewiesen werden, daß der Erbe, nicht der Testamentsvollstrecker in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt. Die Stellung des Testamentsvollstreckers beruht allerdings auf dem Willen des Erblassers. Aber er vertritt nicht ihn, sondern den Nachlaß. Im einzelnen äußerst bestritten. Cf. Kipp, Erbrecht § 116 II, 3. — Das BGB. steht nicht auf dem Standpunkt des ALR., daß der Testamentsexekutor als Bevollmächtigter des Erblassers anzusehen sei.

[3]) S. 85 a. a. O.

Bemerkenswert ist, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ad hoc ernennen kann, der nur damit betraut ist, seine letztwillig verfügten Auflagen auszuführen[1]). Da nun auch eine Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam den Inhalt einer Auflage bilden kann und bei einer derartigen Anordnung das Wesentliche in der Regel nicht die pekuniäre, sondern die persönliche Seite ist, so kann m. E. auch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers zur Sicherung der Durchführung einer derartigen Auflage den Charakter einer zwar erbrechtlichen, aber nicht vermögensrechtlichen Bestimmung des Erblassers tragen, sodaß auch von diesem Gesichtspunkt aus die vielvertretene Auffassung, das Erbrecht beschränke sich grundsätzlich auf das Vermögen, unrichtig erscheint[2]).

Während nach den vorhergehenden Ausführungen die Bestellung eines Testamentsvollstreckers als das stärkste direkte Zwangsmittel anzusprechen ist, das dem Erblasser zur Durchsetzung seiner Verfügung von Todes wegen über den eigenen Leichnam zur Verfügung steht, kann der Erblasser auch indirekt einen wesentlich stärkeren Druck, als den sich nach Auflagegrundsätzen ergebenden auf den Erben oder Vermächtnisnehmer dadurch ausüben, daß er mit dem modus eine auflösende Bedingung verbindet[3]) oder auch allein den Erben oder Vermächtnisnehmer unter der auflösenden Bedingung[4]) einsetzt, bei Nichterfüllung seiner Wünsche solle er die Zuwendung verlieren. Dann wird der Erbe infolge des Interesses, das er am Behalten der Erbschaft nimmt,

---

[1]) Cf. §§ 2223, 2208 BGB.

[2]) Cf. S. 51 fg. meiner Arbeit.

[3]) Eine solche Verbindung ist zulässig. Cf. Kipp, Erbrecht § 114 VI Anm. 3. M. E. ist dieses Ergebnis aus § 2195 BGB. zu entnehmen.

[4]) Wenig praktisch ist die aufschiebend bedingte Erbeseinsetzung, da diese als Nacherbeinsetzung wirkt, weil die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers eintreten kann. Das Verfahren ist also ein sehr umständliches. Cf. Kipp, Erbrecht § 45 I. (Aehnlich beim Vermächtnis.)

die Verfügungen des Erblassers ausführen[1]). Tut er das gleichwohl nicht, so bleibt bei Verbindung der Auflage mit einer auflösenden Bedingung die Beschwerung des Nacherben oder Nachvermächtnisnehmers bestehen[2]). Bemerkenswert ist, daß der Erblasser auch solchen Anordnungen, die jenseits der Rechtssphäre liegen, durch bedingte Einsetzung rechtlichen Nachdruck zu verleihen vermag[3]). Im übrigen stellen sich bei bedingter Einsetzung keine Besonderheiten heraus, so daß auf die früheren Ausführungen verwiesen werden kann[4]).

Bisher sind Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam behandelt worden, die vom Erblasser in einem Testamente getroffen waren. Jetzt ist zu untersuchen, inwieweit die Anordnung derartiger Verfügungen in einem Erbvertrage eine Aenderung der bisherigen Ergebnisse herbeiführt.

Der Erblasser kann im Erbvertrag einseitig oder vertragsmäßig verfügen[5]). Für eine einseitige Verfügung gilt „das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre[6])".

Vertragsmäßig kann eine Verfügung über den eigenen Leichnam in der Form der Auflage getroffen werden[7]). Da-

---

[1]) Cf. Hilse a. a. O.: „Eine willkommene Handhabe, seine Anordnung zu erzwingen, bietet dem Erblasser die Möglichkeit, den Erben unter der Bedingung einzusetzen, die Bestimmung auszuführen, widrigenfalls er ganz oder teilweise von der Erbfolge ausgeschlossen werde."

[2]) Cf. §§ 2192, 2161 BGB.

[3]) Cf. Kipp, Erbrecht § 114 VIII a. E. So kann der Erblasser also auch z. B. den Erben oder Vermächtnisnehmer unter der Bedingung bedenken, daß er jeden Sonntag an seinem Grabe erscheinen solle. Cf. dagegen für die Auflage meine Ausführungen auf S. 58 fg.

[4]) Natürlich können unsittliche, unerlaubte und unmögliche Verfügungen über den eigenen Leichnam auch nicht durch Hinzufügung einer Bedingung legitimiert werden. Vielmehr gelten hier wie bei der Auflage die allgemeinen Vorschriften, nach denen solche Rechtsgeschäfte nichtig sind. Cf. S. 42 fg. meiner Arbeit.

[5]) Cf. §§ 2278, 2299 BGB.

[6]) Cf. § 2299 II 1.

[7]) Cf. § 2278 I.

gegen ist die vertragsmäßige Bestellung eines Testamentsvollstreckers zur Sicherung der Anordnungen des Erblassers unzulässig[1]). Auf die vertragsmäßige Auflage finden die für letztwillige Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[2]). Im übrigen ergeben sich keine Besonderheiten. So kann insbesondere der Erblasser auch durch die vertragsmäßig getroffenen Verfügungen über den eigenen Leichnam die Durchführung seiner Anordnungen nur insoweit erzwingen, als eine Zwangsvollstreckung zulässig ist[3]). Also ist bei Divergenz von Vertragserben und „Hinterbliebenen" eine Verfügung über den eigenen Leichnam insoweit nicht zwangsweise durchzusetzen, als die Ausführung dieser Bestimmung von den „Hinterbliebenen" abhängt.

Um die Ergebnisse zum Schluß kurz zusammenzufassen: grundsätzlich besitzen Verfügungen von Todes wegen über den eigenen Leichnam, soweit sie den Formerfordernissen genügen und inhaltlich nicht gegen eine Rechtsnorm oder die guten Sitten verstoßen, Rechtswirksamkeit. Die von der Frage der grundsätzlichen Rechtswirksamkeit zu trennende Frage der zwangsweisen Verwirklichung ist verschieden zu beantworten, je nachdem, welche Mittel der Erblasser zur Durchsetzung seiner Anordnung ergreift. Eine Auflage führt nicht immer zum Ziele, insbesondere dann nicht, wenn der eingesetzte Erbe ein Außenstehender ist, und der bestattungspflichtige Angehörige, dem ein personenrechtlich zu fassendes, beschränktes Verfügungsrecht über den Leichnam zusteht, auf den Pflichtteil gesetzt oder enterbt ist. Dagegen kann der Erblasser durch Bestellung eines unbeschränkten Testamentsvollstreckers, dem ein ausschließliches Verfügungsrecht am Leichnam zuzusprechen ist, seine Bestimmung über den eigenen Leichnam stets durchsetzen, wenn nur die genügenden Mittel zur Ausführung im Nachlaß vorhanden sind. Neben diesem direkten Zwange bietet auch die indirekte Nötigung

---

[1]) Cf. § 2278 II.
[2]) Cf. § 2279.
[3]) Cf. S. 78 fg. meiner Arbeit.

durch bedingte Einsetzung dem Erblasser eine gute Handhabe zur Durchsetzung seiner Wünsche.

Meines Erachtens ist das wesentlichste Ergebnis, daß nämlich der Erblasser durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers, wenn die erforderlichen Mittel vorhanden sind, stets zum Ziele gelangt, rechtspolitisch gutzuheißen, da der Grundgedanke sein muß, den Bestimmungen des Erblassers in möglichst weitem Umfange Rechtswirksamkeit und Erzwingbarkeit zukommen zu lassen. Der favor testamenti ist ein im Recht[1]) wie auch nach Religion[2]) und Sitte wohlberechtigtes Prinzip, dem man, wenn es nur irgend möglich ist, zum Siege über entgegenstehende kleine Bedenken des konkreten Falles verhelfen muß. Die treffenden Ausführungen, in die der preußische Minister des Innern im preußischen Herrenhause[3]) dieses Prinzip gekleidet hat, mögen hier als Schlußwort aufgenommen werden: „Der Staat hat in der Tat keinen Anlaß, seinen Angehörigen das Recht zu verkümmern, nach freier Ueberzeugung auch über ihre sterbliche Hülle Bestimmung zu treffen, soweit sich hierdurch für den Staat, für die Allgemeinheit oder einzelne Ueberlebende ein Nachteil nicht ergibt."

---

[1]) Cf. die benigna interpretatio des § 2084 BGB., in gewisser Weise auch § 133 BGB.

[2]) Cf. z. B. das Bibelwort Galater 3, 15: „Verwirft man doch eines Menschen Testament nicht, wenn es bestätiget ist, und tut auch nichts hinzu."

[3]) Sten. Ber. des Jahres 1911 S. 328.

Thesen.

1. Ein Streit über die Bestattung des Verstorbenen ist ein Rechtsstreit im Sinne des § 13 GVG.

2. Das Verfügungsrecht des Erblassers über seinen Leichnam ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechts.

3. Bestimmungen hinsichtlich des eigenen Leichnams sind innerhalb der gesetzlichen Schranken rechtswirksam.

4. Der Leichnam ist nicht Sache, sondern Rückstand der Persönlichkeit.

5. Den Erben oder Hinterbliebenen steht kein ausschließliches Verfügungsrecht über den Leichnam des Verstorbenen zu.

6. Der unbeschränkte Testamentsvollstrecker hat ein ausschließliches Verfügungsrecht über den Leichnam des Erblassers.

7. Durch Bestellung eines unbeschränkten Testamentsvollstreckers ist die Durchführung einer an sich wirksamen Verfügung von Todes wegen in betreff des eigenen Leichnams stets gesichert, wenn nur die erforderlichen Mittel im Nachlaß vorhanden sind.